

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ يَرْسِلَ فِي الْأَرْضِ الْفَلَاحَ

فقه الكتاب والسنة

دراسة مستفيضة تتناول كل أبواب الفقه على مختلف المذاهب والآراء
وتعرض لعامة القضايا الفكرية في ضوء الإسلام
بأسلوب موضوعي معاصر

المجلد الثالث

دكتور أمير عبد العزيز
أسناد الفقه المقارن في جامعة النجاح الوطنية
نابلس ، فلسطين

دار الشريعة

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

كافة حقوق الطبع والنشر والترجمة محفوظة

للمؤشر

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع

لصاحبها

عبدelfادرمحمود البكار

الطبعة الأولى

1419 هـ - 1999 م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغربية

هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَيْكُمُ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نَبَأًا لَبِيبٌ ﴾ (١) إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٢٥﴾ .

هذا الخطاب للولاة والأمراء والحكام ، ويدخل في ذلك جميع الخلق ، ومقتضى ذلك وجوب الحكم بشرع الله في كل واقعة من الوقائع ، ومثوطة بمن يقضي في ذلك أن يحكم بالقسط ، وأن لا يأخذ في ذلك شيء من لجنوح أو ظلم أو قوئ ، وموجب ذلك كله تفصيل الحديث عن :

فقه القضاء

تعريف القضاء في اللغة : الحكم ، والجمع أقضية ، وقضى يقضي قضاءً أي حكم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾ (١) ويقال لإتمام الشيء وإحكامه وإمضائه والفراغ منه (٢) .

تعريف القضاء في الشرع : الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم ، وقد سمي القضاء بذلك ؛ لأن القاضي يستتم الأمر ويحكمه ويمضيه ويفرغ منه ، وسمي القضاء حكماً ؛ لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه ، أو من إحكام الشيء ، ومنه حكمة اللجام ؛ لئله الدابة من ركبها رأسها ، وقد قيل : إن الحكمة مأخوذة من هذا أيضاً لمنعها النفس من قواها (٣) .

والأصل في شرعية القضاء الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فمنه قوله جل وعلا : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (٤) وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ يَمَّا أَتَى اللَّهَ ﴾ (٥) وقوله جل ثناؤه : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ﴾ (٦) وكذلك قوله عز من قائل : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ (٧) .

(١) سورة الإسراء الآية (٢٥) .

(٢) مختار الصحاح (ص ٥٤٢) والقاموس المحيط (ج ٤ ص ٣٨١) .

(٣) معنى المحتاج (ج ٤ ص ٣٧٢) الأنوار ومعها حاشية الكنتري وحاشية الحاج إبراهيم (ج ٢ ص ٦٠٠)

وشرح فتح القدير (ج ٧ ص ٢٥٢) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ٤٩١) .

(٤) سورة المائدة الآية (٤٩) .

(٥) سورة النساء الآية (٥٨) .

(٦) سورة النساء الآية (١٠٥) .

(٧) سورة المائدة الآية (٤٢) .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه الترمذي وأبو داود وغيرهما عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتِهَدْ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا حَكَمَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ » (1) .

وأخرج أبو داود عن أنس بن مالك قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول : « مَنْ طَلَبَ الْقَضَاءَ وَاسْتَعَانَ عَلَيْهِ وَكَلَّ إِلَيْهِ ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيْهِ أَنْزَلَ اللَّهُ مَلَكًَا يَسُدُّهُ » (2) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا جَلَسَ الْقَاضِي فِي مَكَانٍ هَبَطَ عَلَيْهِ مَلَكَانِ يُتَسَدَّدَانِيهِ وَيُوقَفَانِيهِ وَيُرْشِدَانِيهِ مَا لَمْ يَجُزْ ، فَإِذَا جَازَ عَرَجًا وَتَرَكَاهُ » (3) .

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « مَنْ طَلَبَ قَضَاءَ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى يَنَالَهُ ، ثُمَّ غَلَبَ عَدْلُهُ جُورَهُ فَلَهُ الْجَنَّةُ ، وَمَنْ غَلَبَ جُورُهُ عَدْلَهُ فَلَهُ النَّارُ » (4) .

وأخرج البيهقي كذلك عن ابن أبي أوفى قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنْ أَلَلَّ عَرَجٌ وَجَلَ مَعَ الْقَاضِي مَا لَمْ يَجُزْ ، فَإِذَا جَارَ وَكَلَّ إِلَى نَفْسِهِ » (5) .

وأخرج البيهقي كذلك عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو (رضي الله عنهما) عن النبي ﷺ قال : « الْمُقْسِطُونَ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى مَنَابِرٍ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَنِ - وَكُنَّا نَذِيهِ يَمِينٌ - الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا أُوتُوا » (6) .

وقد انعقد الإجماع على شرعية القضاء سلفاً وخلفاً ؛ فقد اشتقضى النبي ﷺ ، وكذلك الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الأئمة والحكام ، وكان لهم قضاة يحكمون في الوقائع بشرع الله ، وقد وُلِّيَ القضاء أفاضلُ من علماء المسلمين ، وتوزَّع عن الاصطلاح به آخرون ، وقد ورد في القضاء أحاديث كثيرة منها ما يرغب فيه ، ومنها ما يحذر منه (7) .

فقد أخرج الترمذي عن رجالٍ من أصحاب معاذٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال : « كيف تقضي ؟ » فقال : أفضي بما في كتاب الله ، قال : « فإن لم يكن

(1) الترمذي (ج 3 ص 615) وأبو داود (ج 3 ص 299) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 300) . (3 - 5) البيهقي (ج 10 ص 88) .

(6) البيهقي (ج 10 ص 87 - 88) .

(7) مغني المحتاج (ج 4 ص 372) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 259 - 260) والمجموع (ج 20 ص 125 - 126) .

في كتاب الله ؟ قال : فبِسْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، قال : « فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سَنَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ » قال : « أَجْتَهَدُ رَأْيِي ، قال : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ » (1) .

وأخرج الترمذي عن عبد الله بن أبي أوفى قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْقَاضِي مَا لَمْ يَجُزْ ، فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ » (2) .

وشرط الاشتجاب هنا أن يأمن القاضي على نفسه الحيف أو عدم إقامة العدل ، فإن لم يأمن على نفسه الفتنة كان توليه القضاء محظوراً ، ودليل ذلك قوله (عليه الصلاة والسلام) : « مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ أَوْ جُمِّلَ قَاضِيًا بَيْنَ النَّاسِ فَقَدْ ذُبِغَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » (3) .

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : « إِنْكُمْ سَتَخْرِصُونَ عَلَى الْإِمَارَةِ ، وَأَنْهَا سَتَكُونُ حَسْرَةً وَنَدَامَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، فَتَعَمَّ الْمَرْضَعَةُ وَهَسَّتِ الْفَاطِمَةُ » (4) .

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن رسول الله ﷺ قال : « وَبِلَ الْأَمْرَاءِ ، وَبِلَ لِلْعُرَفَاءِ ، وَبِلَ لِلْأَمَنَاءِ ، لَيَسْتَشِيرُنَّ أَعْقَابَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَنَّ نَوَاصِيَهُمْ مَعْلَقَةٌ بِالْأَرْضِ يَتَخَلَّخُونَ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَأَنْهُمْ لَمْ يَلَوْا عَمَلًا » (5) .

وأخرج البيهقي عن أبي قلابة قال : إِنْما مَثَلُ الْقَاضِي كَمَثَلِ رَجُلٍ يَشْبَحُ فِي الْبَحْرِ ، فَكَمْ عَسَى يَسْبِغُ حَتَّى يَغْرُقَ ، وَطَلَبَ أَبُو قَلَابَةَ لِلْقَضَاءِ فَهَرَبَ (6) .

والقضاة أصناف ثلاثة كلهم جانح إلى الخطيئة والزلل إلا مَنْ قَضَى بِمَا عَلِمَ فَعَدَلَ فِي مُحْكَمِهِ ، وَفِي هَذَا أَخْرَجَ التِّرْمِذِيُّ عَنْ بُرَيْدَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ : قَاضِيَانِ فِي النَّارِ ، وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ : رَجُلٌ قَضَى بِغَيْرِ الْحَقِّ فَعَلِمَ ذَلِكَ فَذَكَ فِي النَّارِ ، وَقَاضٍ لَا يَعْلَمُ فَأَهْلَكَ حَقُّوهُ النَّاسِ فَهُوَ فِي النَّارِ ، وَقَاضٍ قَضَى بِالْحَقِّ فَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ » (7) .

فريضة القضاء

تولية القضاء فرض كفاية في حق مَنْ يَصْلُحُ لهذه الوظيفة الهامة ، وعلى هذا ، فإنَّ

(1) الترمذي (ج 3 ص 616) .

(2) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة (ج 3 ص 612) وأبو داود (ج 3 ص 298) .

(3) البيهقي (ج 10 ص 95) .

(4) البيهقي (ج 6 ، 5) .

(5) البيهقي (ج 10 ص 97) .

(6) الترمذي (ج 3 ص 613) .

نُصِبَ الْقَاضِي فَرَضَ لِأَنَّهُ يُنْصَبُ لِإِقَامَةِ أَمْرِ مُفْرُوضٍ وَهُوَ الْقَضَاءُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَاتَّخِذُوا مِنْهُمْ قُضَاةً يَسْمَعُونَ إِذَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابُ فَقُضُوا فَبَيْنَ أَغْلَبٍ مِنْ النَّاسِ يَحْسَبُونَ الْغَلْبَةَ عَلَى الْكِبَرِ وَالْمُنَافِقَةُ يُؤْمِنُونَ بِالْغُلُوبَةِ أُولَئِكَ يَحْسَبُونَ أَنْ يَحْكُمُوا بِكَفَالَةِ اللَّهِ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (1) وَالْقَضَاءُ هُوَ الْحُكْمُ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ، وَذَلِكَ بِمَا أُنْزِلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ، فَكَانَ نُصِبُ الْقَاضِي : لِإِقَامَةِ الْفَرْضِ ، وَذَلِكَ فَرَضٌ ، وَلِأَنَّ طِبَاعَ الْبَشَرِ قَدْ جَبِلَتْ عَلَى الظُّلُمِ وَمَنْعِ الْحَقِّ ، وَقَلُّ مَنْ يُنْصَبُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلَا يَسْتَطِيعُ الْإِمَامُ أَنْ يَفْصَلَ الْخُصُومَاتِ بِنَفْسِهِ فَذَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى تَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ .

وكَذَلِكَ ، فَإِنَّ نُصِبَ الْإِمَامِ الْأَعْظَمُ فَرَضٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ وَهُوَ مَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الصَّحَابَةُ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) وَذَلِكَ لِمَسِيسِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ لِلْإِنْصَافِ الْمَطْلُومِ مِنَ الظَّالِمِ وَقَطْعِ الْمُنَازَعَاتِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَصَالِحِ الَّتِي لَا تُقُومُ إِلَّا بِإِمَامٍ .

وَمِنَ الْمَقْلُوبِ : أَنَّ الْإِمَامَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقُومَ بِمَا نُصِبَ لَهُ بِنَفْسِهِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى نَائِبٍ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْقَضَاءِ ؛ وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَبْعَثُ إِلَى الْآفَاقِ قَضَاةً ، فَبَعَثَ مَعَاذًا (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) إِلَى الْيَمَنِ ، وَبَعَثَ عَتَابَ بْنِ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ ؛ فَكَانَ نَصَبُ الْقَاضِي مِنْ ضَرُورَاتِ نَصَبِ الْإِمَامِ ، فَكَانَ فَرَضًا .

أَمَّا كَوْنُ الْقَضَاءِ فَرَضًا عَلَى الْكَفَايَةِ ، فَلِأَنَّهُ أَمْرٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ نَهْيٍ عَنْ مَنكَرٍ وَهُمَا فَرَضٌ عَلَى الْكَفَايَةِ ، فَقَدْ بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ عَلِيًّا إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا ، وَاسْتَخْلَفَ النَّبِيُّ ﷺ عَتَابَ بْنَ أُسَيْدٍ عَلَى مَكَّةَ وَالْيَمَا وَقَاضِيًا ، وَقَلَّدَ مَعَاذًا قَضَاءَ الْيَمَنِ وَبَعَثَ أَبُو بَكْرٍ قَاضِيًا إِلَى الْبَحْرَيْنِ ، وَبَعَثَ عُمَرُ أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ إِلَى الْبَصْرَةِ ، فَلَوْ كَانَ الْقَضَاءُ فَرَضًا عَيْنٍ لَمْ يَكْفِ قَاضٍ وَاحِدٌ ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَامَ بِالْفَرْضِ مَنْ يَصْلُحُ سَقَطَ الْفَرْضُ عَنِ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ امْتَنَعُوا جَمِيعًا عَنْ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ أُلْتُغُوا ، وَعَلَى الْإِمَامِ إِذَا ذَاكَ أَنْ يُجَيِّزَ مَنْ يَصْلُحُ لِقَوْلِي الْقَضَاءِ .

أَمَّا إِذَا تَعَيَّنَ لِلْقَضَاءِ وَاحِدٌ بِأَنْ لَمْ يَصْلُحْ لَهُ غَيْرُهُ لِرِمَّةِ أَنْ يُطْلَبَ إِنْ لَمْ تَعْرِضْهُ عَلَيْهِ الْإِمَامُ ، وَذَلِكَ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْقَضَاءِ ، وَلَا يُعَذَّرُ لَخَوْفِ مِيلٍ مِنْهُ أَوْ خِيفِ بَلِّ تَلَزَمَهُ أَنْ يُطْلَبَ تَوَلِيَةُ الْقَضَاءِ وَيُقْبَلُ وَيَحْتَرَزُ مِنَ الْمِيلِ كَسَائِرِ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ عَنْ تَوَلِيَةِ عَصَى وَلِلْإِمَامِ إِجْبَارُهُ ، لِأَنَّ النَّاسَ فِي حَاجَةٍ إِلَى عِلْمِهِ فَأُشْبِهَ صَاحِبَ الطَّعَامِ إِذَا مَنَعَهُ الْمَضْطَرُ (2) . وَإِذَا لَمْ يَتَّعِثْ لِلْقَضَاءِ وَاحِدٌ - لَوْجُودِ غَيْرِهِ مَعَهُ - فَإِنَّهُ يُنْظَرُ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ

(1) سورة المائدة الآية (48) .

(2) معني المحتاج (ج 4 ص 372 - 373) والبدائع (ج 7 ص 2 - 5) وأسهل المدارك (ج 3 ص 184 - 195)

والمجموع (ج 20 ص 125) .

منه لتولية القضاء ؛ وكان الأصلح يَوْضَعُ بتوليته كان للمفضول (غير الأصلح) أن يقبل التولية إذا طُلب منه ، وقيل : لا يجوز له قبولها ، ويكره طلبه ؛ لوجود من هو أولى منه ، وقيل : يَحْرُمُ وإن كان غيره مثله في الصّلاح للتولية وسئل بلا طلب منه : كان له أن يقبل ؛ لأنه من أهله ، ولا يلزمه على الأصح ؛ لأنه قد يقوم به غيره ، فقد امتنع ابن عمر (رضي الله تعالى عنهما) لما سأله عثمان (رضي الله عنه) القضاء ، وعرض على الحسين بن منصور النيسابوري قضاء نيسابور فاختفى ثلاثة أيام ودعا الله تعالى فعات في اليوم الثالث ، وورد كتاب السلطان بتولية نصر بن علي الجهضمي عشية قضاء البصرة فقال : أشاور نفسي الليلة وأخبركم غداً ، وأتوا عليه من الغد فوجدوه ميتاً ، وقال مكحول : لو تُحْيِيتُ بين القضاء والقتل اخترتُ القتل ، وامتنع منه الإمام الشافعي (رحمه الله) لما استدعاه المأمون لقضاء الشرق والغرب . وامتنع منه الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) لما استدعاه المنصور فحبسه وضربه ، وذكر القاضي الطبري وغيره أن الوزير ابن الغرات طلب أبا علي بن خيران لتولية القضاء فهرب منه فحكم على ذويه نحوًا من عشرين يومًا .

ولو كان من يَصْلُحُ للقضاء غير مشهور بين الناس فإنه يُدَبَّرُ له أن يطلبه راجيًا به نشر العلم فتحصل المنفعة بنشره ، أو كان مشهورًا لكنه يَزْجُو الرزق لحاجته إليه فإذا تولى القضاء حصل له ما يكفيه من بيت المال ، وعلى هذا يجوز أخذ الرزق على القضاء ويُدَبَّرُ له طلب القضاء أيضًا إذا كانت حقوق العباد مُضَيَّعة بسبب مجور أو عجز ، أو فسدت الأحكام بتولية جاهل فيَقْصَدُ بطلبه تدارك ذلك ، فقد أخبر الله تعالى عن نبيه يوسف (عليه الصلاة والسلام) أنه طَلَبَ تولية بيت المال فقال : ﴿ أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ ﴾ ⁽¹⁾ وإنما طلب ذلك شفقة منه على خلق الله لا لمنفعة نفسه ، وإنما يُنَاطُ مثل ذلك بنية المرء في تحقيق الخير والمصلحة للمسلمين ودفع الشر والفساد عنهم ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ ⁽²⁾ .

وإذا كان من يَصْلُحُ للقضاء مشهورًا لكنه ليس محتاجًا للرزق بل مكفيا : فالأولى له

(1) سورة يوسف الآية (55) .

(2) سورة البقرة الآية (220) مغني المحتاج (ج 4 ص 374 - 375) وأسهل المدارك (ج 3 ص 194 - 195) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 262 - 264) والأنوار (ج 2 ص 600) والبدائع (ج 7 ص 3 - 4) والجمعوع (ج 20 ص 125 - 127) .

أَنْ لَا يَطْلُبَ الْقَضَاءَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مِنْ أخطارِ الْحَيْفِ وَالْمِيلِ وَالزَّلِيلِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَيْهِ ، بَلْ يُكْرَهُ حِينَئِذٍ طَلْبُهُ عَلَى الرَّاجِحِ ، وَكَذَا قَبُولُ التَّوْلِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِيهِ نَهْيٌ مُخَصَّصٌ وَعَلَيْهِ حُمِلَتِ الْأَخْبَارُ الْوَارِدَةُ فِي التَّحْذِيرِ مِنْ تَوْلِيَةِ الْقَضَاءِ وَامْتِنَاعِ السَّلَفِ مِنْهُ ، وَقِيلَ : لَا كَرَاهَةَ فِي طَلْبِهِ وَلَا قَبُولِهِ .

وَالاعتبار فِي تَعَيُّنِ الْقَضَاءِ وَعَدَمِهِ : بِالنَّاحِيَةِ (الْبَلَدَةِ) وَكَذَا فِي وَجوبِ الطَّلَبِ وَالْقَبُولِ أَوْ عَدَمِهِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ طَلْبُهُ وَلَا قَبُولُهُ فِي غَيْرِ نَاحِيَتِهِ (بَلَدِهِ) ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ حَمَلِهِ عَلَى الْهَجْرَةِ وَتَرْكِ الْوَطَنِ ، وَذَلِكَ بِخِلَافِ فُرُوضِ الْكَفَايَاتِ ؛ إِذْ يُمْكِنُ الْقِيَامُ بِهَا وَالْعَوْدُ إِلَى الْوَطَنِ ، وَلَوْ كَانَ بِنَاحِيَتِهِ صَالِحَانِ وَوُلِّيَّ أَحَدَهُمَا الْقَضَاءُ لَمْ يَجِبْ ذَلِكَ عَلَى الْآخَرِ فِي نَاحِيَةٍ أُخْرَى لَيْسَ بِهَا مِنْ يَصْلَحُ لِلْقَضَاءِ . وَأَحْسَبُ أَنَّ ذَلِكَ خِلَافُ الصَّوَابِ ، فَإِنَّ التَّعَيُّنَ لِلْقَضَاءِ مَنْوُطٌ بِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُجَبِّرَ مَنْ يَجِدُهُ صَالِحًا لِتَوْلِيَةِ وَظَافَةِ الْقَضَاءِ ، سَوَاءَ كَانَ ذَلِكَ بِلَدِهِ أَوْ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

شُرَايُكُ الْقَضَاءِ

لِلْقَضَاءِ شُرُوطٌ تَرْجِعُ إِلَى : الْقَاضِي ، ثُمَّ نَفْسِ الْقَضَاءِ ، ثُمَّ الْمُقْضِي لَهُ ، ثُمَّ الْمُقْضِي عَلَيْهِ ، فَنَعْرُضُ لِكُلِّ مِنْ ذَلِكَ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ :

أَوَّلًا ، شُرُوطُ الْقَاضِي

وشُرُوطُ الْقَاضِي مَا يَلِي :

الْمَشْرُطُ الْأَوَّلُ : الْإِسْلَامُ

فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى كَافِرُ الْقَضَاءَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِكَافِرٍ أَنْ يَتَوَلَّى عَلَى مُسْلِمِينَ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ⁽¹⁾ وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْقَضَاءِ فَضْلُ الْأَحْكَامِ ، وَالْكَافِرُ جَاهِلٌ بِهَا حَتَّى لَوْ طَرَأَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ : انْعَزَلَ ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْلُدَ الْكَافِرُ الْقَضَاءَ عَلَى الْكَافِرِ وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ بِخِلَافِ الْحَنَفِيَّةِ ؛ إِذْ يَجُوزُ عِنْدَهُمْ تَقْلِيدُ الْكَافِرِ بَيْنَ أَهْلِ دِينِهِ ⁽²⁾ .

(1) سورة النساء الآية (141) .

(2) مبدئي المحتاج (ج 4 ص 375) والبدائع (ج 7 ص 3) والأحكام السلطانية (ص 65) والمجموع (ج 20 ص 126) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 253) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) .

الشرط الثاني : العقل

فلا يُؤلَّى الجنون ؛ لعدم أهليته ، إذ هو غير مكلف ، على أنه لا يكفي العقل - الذي يتعلق به التكليف - حتى يكون صحيح الفكر ، جيد الفطنة ، وأن يكون بعيداً عن السهو والغفلة فيتوصل بذكائه إلى اتضاح المشكل وحلّ المفضل .

الشرط الثالث : البلوغ

فلا يُؤلَّى الصبيّ القضاء ؛ لأنه لا ولاية له أصلاً ، وإذا لم تصح ولاية الصبي قاضياً فلا يصح أن يكون سلطاناً (1) .

الشرط الرابع : الحرية

فلا يولى رفيق القضاء لنقصه - وذلك كالشهادة - والقضاء أولى .

الشرط الخامس : الذكورة

وهو قول أكثر العلماء إذ قالوا : يُشترط لصحة القضاء أن يكون القاضي ذكراً ، أما المرأة فلا يجوز أن تتولى القضاء ، وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة (2) ، وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَقْرَبَهُمْ امْرَأَةٌ » (3) .

أما الحنفية فلم يشترطوا الذكورة لصحة القضاء إلا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة عندهم في كل شيء إلا في الحدود والدماء ، والمرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي في الحدود والقصاص ؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (4) .

الشرط السادس : العدالة

فلا يولى القضاء فاسقٌ ؛ لعدم الوثوق بقوله ، ولأنه ممنوع من النظر في مال ولده مع

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 253) ومغني المحتاج (ج 4 ص 375) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) والمجموع (ج 20 ص 126) .

(2) البدائع (ج 7 ص 3) والمجموع (ج 20 ص 127) ومغني المحتاج (ج 4 ص 375) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) والأحكام السلطانية (ص 64) .

(3) الحديث رواه البخاري (732/7) برقم (4425) والنسائي (227/8) برقم (5388) والترمذي (457/4) برقم (2262) وأحمد (38/5) عن أبي بكرة ، وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 424) .

(4) شرح فتح القدير (ج 2 ص 253) والبدائع (ج 7 ص 3) .

وَقُور شَفَقَتَهُ ، فَنَظَرُهُ فِي أَمْرِ الْعَامَةِ أَوْلَى بِالْمَنْعِ .

والعدالة تستلزم الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق ، فلا يصح أن يكون القاضي فاقدا لهذه المستلزمات ؛ لأن كل واحدة منها مشروطة في أوصاف القاضي كما هو معلوم ، وكذلك يشترط في الشاهد أن لا يكون محجورا عليه بسفه ، وأن يكون القاضي كذلك . ولا يولى مبتدع رُدَّتْ شهادته ولا مَنْ يُنْكَرُ الإجماع أو أخبار الآحاد ، وهو قول أكثر العلماء .

وجملته : أنه لا تصح ولاية الفاسق مثلما لا تقبل شهادته ، والحاصل : أنه إن كان في الرعية عدلٌ عالم فلا يحل توليته مَنْ ليس كذلك ⁽¹⁾ ، وذلك بخلاف الحنفية في ظاهر مذهبهم وهو تنفيذ قضاء كل من ولاه السلطان وإن كان جاهلا فاسقا ، فالعدالة عندهم ليست شرطا لجواز التقليد ، لكنها شرط كمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع .

ولو كان القاضي عدلا قَبْلَ التولي ، ثم وُلِّيَ القضاء ففسق وجاز - بأخذ الرشوة وغيرها من أسباب الفسق - فإنه لا ينزل بل يستحق العزل ؛ أي يجب على السلطان عزله ، وقيل في المذهب : إذا ولى عدلا ثم فسق انزل ؛ لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته ؛ لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته ، فتزول بزوالها ⁽²⁾ .

قال الماوردي في العدالة : إنها معتبرة في كل ولاية ، والعدالة أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة ، عفيفا عن المحارم ، مُتَوَقِّفاً المآثم ، بعيدا من الريب ، مأمونا في الرضا والغضب ، مستعيلا لمروءة مثله في دينه ودنياه ، فإذا تكاملت فيه فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته ، وإن انخرم منها وصفٌ : مُنِعَ من الشهادة والولاية فلم يُشْمَعْ له قولٌ ولم يُنْقَدْ له حكمٌ ⁽³⁾ .

الشرط السابع : السمع :

فلا يولى القضاء من كان أصم لا يسمع البتة ؛ لأن من كان هذا حاله فلا يفرق بين

(1) منبني المحتاج (ج 4 ص 375) وأسهل المدارك (ج 3 ص 197) والأنوار (ج 2 ص 601) والأحكام

السلطانية (ص 65) .

(2) البدائع (ج 7 ص 3) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 253 - 254) .

(3) الأحكام السلطانية (ص 66) .

إقرار وإنكار ، وعلى هذا فيشترط أن يكون سميحاً - ولو بصياح في أذنه - ليصبح إثبات الحقوق والتمييز بين الطالب والمطلوب ، وكذا المقر من المنكر ، فيتميز له الحق من الباطل ويُعرف الحق من الباطل ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء ⁽¹⁾ بخلاف الحنفية في ظاهر مذهبهم ، إذ لم يشترطوا السمع لتولي القضاء فقالوا : إن حكم القضاء يُشتق من حكم الشهادة ، وذلك يعني أنَّ كلاً من القضاء والشهادة يُشتمل من أمر واحد هو شروط الشهادة وهي : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، وكونه غير أعمى ، ولا محدوداً في قَدْرٍ ⁽²⁾ .

الشرط الثامن : البصر :

وذلك شرط ليصبح به إثبات الحقوق ، فيمكن التفريق بين الطالب والمطلوب وكذا التمييز بين المقر والمنكر ، والحق من الباطل ، فلا يولى القضاء من كان أعمى ، ولا من يرى الأشباح ولا يعرف الصور ، فإن كان يعرف الصور إذا قُرِئَتْ منه صَحَّ قضاؤه ، ويخرج بالأعمى من كان أعور ، فإنه يصح توليته القضاء ، وكذا من يُتَصَرَّ نهائياً فقط دون من يبصر ليلاً فقط .

ولو سمع القاضي البينة ، ثم عَمِيَ : قَضَى في تلك الواقعة على الأصح ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء ومنهم الحنفية والشافعية وكذا المالكية في المشهور من مذهبهم ؛ إذ قالوا : من شروط القاضي أن يكون بصيراً ؛ فيجب عزل الأعمى ولو طرأ عليه العمى بعد توليته . وثمة قول في المذهب وهو أن البصر ليس شرطاً في جواز تولي القاضي ، ولكنه شرط في استمرار ولايته ⁽³⁾ .

الشرط التاسع : النطق :

فلا يُؤْتَى الأحرش القضاء وإن فُهِمَتْ إشارته . وذلك لعجزه عن تنفيذ الأحكام ، فإن من مستلزمات ذلك النطق وحسن الكلام .

وعلى هذا لو كان القاضي أبكم : وَجِبَ عزله وإن طرأ عليه ذلك بعد توليته ، وهو

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 375) والأحكام السلطانية للماوردي (ص 66) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196)

والأنوار (ج 2 ص 601) . (2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 252 - 253) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 375) والأنوار (ج 2 ص 601) والأحكام السلطانية (ص 66) والبدائع (ج 7 ص 3)

وشرح فتح القدير (ج 7 ص 253) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) وبداية المجتهد (ج 2 ص 421) .

قول الجمهور ⁽¹⁾ وثمة قول للمالكية وهو أن الكلام شرط في استمرار ولاية الأبكم وليس شرطاً في جواز ولايته ⁽²⁾ .

الشرط العاشر: الكفاية اللائقة بأسور القضاء :

فلا يولى المَقْفَلُ أو المختَلّ النَّظَرُ بِكَبِيرٍ أو مَرِيضٍ ونحو ذلك ، وعلى هذا فشرط القضاء أن يكون قَطْبًا مَتِيقًا ، فلا يصح تولية بليد مغفل ينخدع بتحسين الكلام ولا ينتبه لما يوجب الإقرار أو الإنكار وتناقض الكلام . فالفطنة هي جودة الذهن وقوة إدراكه لمعاني الكلام ، والمتيقظ هو غير المَقْفَلِ أي المتنبه .

ويفسر بعضهم الكفاية اللائقة بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه ، فلا يكون ضعيف النفس جباناً ، فإن كثيراً من الناس يكون عالماً ورعاً لكن نفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة فَيُطَمَّعُ في جانبه بسبب ذلك .

قال العزّ بن عبد السلام : للولاية شرطان هما : العلم بأحكامها ، والقدرة على تحصيل مصالحها وتزكّ مفاسيدها ، فإذا فُقِدَ الشرطان حرمت الولاية ⁽³⁾ .

وفي مثل هذا المثلول أخرج البيهقي عن أبي ذر (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال له : « يا أبا ذر ، أحيب لك ما أحيب لنفسي ، إني أراك ضعيفاً فلا تأمُرُنَّ على اثنين ، ولا تولين مالاً يتيم » ⁽⁴⁾ .

الشرط الحادي عشر: الاجتهاد

فلا يُؤلّى الجاهل بالأحكام الشرعية ولا المقلّد ؛ وهو من حفظ مذهب إمام لكنه غير عارف بغوامضه ، وقاصر عن تقرير أدلته فهو لا يصلح للفتوى ، فَعَلَمَ صُلُوحُهُ للقضاء أولى ، وعلى هذا فإن شرط القاضي أن يكون مجتهداً .

ويصح القضاء من مجتهد في المذهب ، وهو الذي يقدر على استنباط الأحكام بناء على مقتضيات مذهب إمامه ، أو مجتهد الفتوى وهو الذي يُقَدَّرُ على الترجيح بين أقوال إمامه ووجه أصحابه .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 375) والأُنوار (ج 2 ص 601) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) والبدائع (ج 7 ص 3) .

(2) بداية المجتهد (ج 2 ص 421) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 375) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) والأُنوار (ج 2 ص 601) وبلغة السالك

على شرح الدردير (ج 2 ص 330) .

(4) البيهقي (ج 10 ص 95) .

والمجتهد هو من يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام على طريق الاجتهاد . ولا يشترط حفظ آياتها ولا أحاديثها المتعلقة بها عن ظهر قلب .

وآيات الأحكام كما ذكر الماوردي وغيره خمسمائة آية . وما تعلق من الآيات والأخبار بالأحكام يخرج به ما تعلق بالمواعظ والقصاص .

إذا ثبت ذلك ، فشرط المجتهد أن يعرف الخاص والعام ، وكذا العام الذي أريد به الخصوص ، والخاص الذي أريد به العموم ، وأن يعرف المطلق والمقيّد والمجمل - وهو ما لم تتضح دلالاته - وأن يعرف المبين - وهو المتضح دلالاته - وكذلك أن يعرف نصّه وظاهره وناسخه ومنسوخه ، فيعرف المجتهد ما نُسِخَ لفظه وبقيت تلاوته وكذا عكسه ، ويترّف المتشابه والمحكم ومتواتر السنة وغير المتواتر - أي أخبار الآحاد - لأن له أن يتمكن من الترجيح عند تعارض الأدلة فيقدم الخاص على العام ، والمقيّد على المطلق ، والمبين على المجمل ، والناسخ على المنسوخ ، والمتواتر على الآحاد ، ويشترط في المجتهد أيضاً أن يعرف أسباب النزول ، وأن يعرف المتصل من السنة والمرسل منها ، وكذلك أن يعرف حال الرواة قوة وضعفاً ؛ لأنه بذلك يتوصل إلى تقرير الأحكام ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء وفيهم الشافعية والمالكية ⁽¹⁾ .

وعلى السلطان أن يختار للقضاء من هو أهل للاجتهاد ، فإن عيّن لذلك أحداً وهو يعلم أن في المسلمين من هو أعلم منه ؛ فقد أثم وفوّط ، وفي هذا أخرج البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) عن رسول الله ﷺ : « من استعمل عاملاً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه ؛ فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين » ⁽²⁾ .

أما الحنفية ، فالوجه في مذهبهم تنفيذ قضاء كل من ولّاه السلطان وإن كان جاهلاً فاسقاً ، وهو ظاهر المذهب ، فلو قلّد الجاهل الفاسق : صبح وحاصل ذلك : أنه إن كان في الرعية عدلٌ عالم فلا يحل تولية من ليس كذلك ولو وُلّي : صبح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وإن قبل نفذ الحكم بها ⁽³⁾ ، وعلى هذا فالصحيح أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً لولاية القضاء بل للأولوية ، أما تقليد الجاهل القضاء فهو صحيحٌ ويحكم بفتوى غيره إذ يمكنه القضاء بفتوى غيره ؛ لأن المقصود من القضاء إيصال الحق

(1) مفتي المحتاج (ج 4 ص 375-376) والأنوار (ج 2 ص 601) وأسهل المدارك (ج 3 ص 197) وبلغة

السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 330) . (2) البيهقي (ج 10 ص 118) .

(3) شرح فتح القدير (ج 7 ص 253) والبدائع (ج 7 ص 3) .

إلى مستحقه ورفع الظلم عنه (1) .

الشرط الثاني عشر: أن يعرف لسان العرب لغةً ونحوًا :

ويُراد بالنحو ما يشمل البناء والإعراب والتصريف ، لورود الشريعة بذلك ؛ ولأنه باللغة يُعرف المجتهدُ عمومَ اللفظ وخصوصَه وإطلاقَه وتقييدهَ وإجمالهَ وبيانهَ وصيغَ الأمر والنهي والخبر والاستفهام والوعد والوعيد والأسماء والأفعال وغير ذلك من وجوه اللغة وأضروب الكلام (2) .

الشرط الثالث عشر:

أن يعرف أقوال العلماء من الصحابة فَمَن بعدهم إجماعًا واختلافًا ؛ وذلك كيلا يُفتي بقول أجمعوا على خلافه ، ولا يُفهم من هذا أنه يُشترط معرفة جميع ذلك ، فإن ذلك ليس مرادًا بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يُفتي أو يُحكم فيها : أن قوله لا يُخالف الإجماع فيها ، وذلك إما بعلمه بموافقة بعض المتقدمين ، أو يغلب على ظنه أن تلك المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره .

وجملة ذلك : أن يكون عالمًا بتأويل السلف فيما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ؛ ليتبع الإجماع ويجتهد برأيه في الاختلاف ، ولأنه قد يقدم أقوال الصحابة على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي (3) .

الشرط الرابع عشر: أن يعرف القياس بأنواعه الثلاثة وهي :

القياس الأولي : وذلك كقياس ضرب الوالدين على التأفيف .

القياس المساوي : وذلك كقياس إحراق مال اليتيم على أكله من حيث التحريم فيهما .

القياس الأدون : كقياس التفاح على البُرِّ في باب الربا بجامع الطعم على الخلاف في هذه المسألة ، وكذلك أن يكون قادرًا على التمييز بين صحيح القياس وفاسده (4) .

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 256) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 376) والأنوار (ج 2 ص 601) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 376) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 259) والأحكام السلطانية (ص 66) والأنوار (ج 2 ص 601) .

(4) مغني المحتاج (ج 4 ص 376) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 259) والأنوار (ج 2 ص 601) .

ولا يشترط أن يكون المجتهد متبحراً في كل نوع من هذه العلوم حتى يكون في النحو كسيبويه ، وفي اللغة كالحليل ، بل يكفي معرفة مجمل منها ، وذلك سهل وميسور في زماننا هذا إذ جُمِعَتْ فيه العلوم و دُوِّنَتْ (1) .

الشرط الخامس عشر: أن يكون صاحب قربة :

أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكثرة . فيعرف بقربته هذه عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يُتَنَبَّه عليها (2) .

الشرط السادس عشر: أن يكون ورعاً :

فغير الورع لا ينبغي أن يكون أهلاً للقضاء ؛ لأن الورع من مقتضيات العدالة ، وغير الورع ليس عدلاً ، وهو قول الشافعية والمالكية بخلاف الحنفية في ظاهر مذهبهم وهو عدم اشتراط الورع ؛ لأنهم يجيزون أن يتولى الفاسق القضاء وإن كان العدل أولى ، فإن الصحابة (رضي الله عنهم) تقلدوا القضاء من معاوية (رضي الله عنه) والحق كان بيد علي (رضي الله عنه) في نوبته ، وكذلك التابعون تقلدوه من الحجاج على مجزئه (3) .

ويؤيد شرط الورع ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : بينما النبي ﷺ جالس في مجلسه يحدث القوم حديثاً ، جاءه أعرابي فقال : يا رسول الله متى الساعة ؟ ومضى رسول الله ﷺ يُحَدِّث ، فقال بعض القوم : سمع ما قال ، ففكرة ما قال ، وقال بعض : لم يسمع ، حتى إذا قضى حديثه قال : « أين السائل عن الساعة ؟ » قال : هذا أنا يا رسول الله ، قال : « إذا ضُيِّعَتِ الأمانةُ فانتظر الساعة » فقالوا : يا رسول الله ، ما إضاعتها ؟ قال : « إذا أُشِيدَ الأمرُ إلى غير أهله فانتظر الساعة » (4) .

قال الماوردي في هذا الصدد : العدالة أن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، متوقفاً للمأثم ، بعيداً من الريب ، مأموناً في الرضا والغضب ، مستعملاً لمروءة شلّه في دينه ودنياه ، فإذا تكاملت فيه ، فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته ، وإن انخرم منها وُصِفَ : مُنْعٍ من الشهادة والولاية ، فلم يُشْمَعْ له قولٌ ولم يُنْقَدْ .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 376) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 330) والأنوار (ج 2 ص 601) .

(2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 259 - 260) .

(3) الأحكام السلطانية (ص 66) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 253 - 254) .

(4) 263 . (البيهقي (ج 10 ص 118) .

له مُحْكَمٌ (1) .

فإن تعذر في رجلٍ جميعُ هذه الشروط السابقة ، قَوِّلِي السلطانَ فاسقًا أو مقلدًا : نفذ قضاؤه للضرورة كيلا تتعطل مصالح الناس (2) .

ولا يُشترط أن يحفظ القاضي جميعَ القرآن ولا بعضه عن ظهر قلب ، بل يكفي أن يعرف مَقَاطِئَ أحكامه في أبوابها من كتب التفسير والفقه فيراجعها وقت الحاجة ، ولا يشترط إحاطته بجميع الأحكام ، فإن اجتماع هذه العلوم جميعًا إنما يُشترط في المجتهد المطلق وهو الذي يُفتي في جميع أبواب الشرع ، أما المجتهد المقيّد بمذهبٍ إمامٍ مُعَيَّن فليس عليه غيرُ معرفة قواعد إمامه ولُيُزَاج فيها ما يراعيه المجتهد المطلق في قوانين الشرع . ويجوز أن يتبع بعض الاجتهاد ، بأن يكون العالم مجتهدًا في باب دون باب ، فيكفيه عِلْمٌ ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه .

ويُنْدَب أن يكون مَنْ يتولى القضاء من قريش ، ورعاية الثَّمَنِي والعلمِ أولى من رعاية النسب .

ويندب أن يكون وافرَ العقل حليماً متنبهاً ذا فطنة وتيقظ ، وأن يكون كامل الحواس والأعضاء عالماً بلغة الخصوم ، بريقاً من الشحناء والطمع ، صدوق اللهجة ، وذا رأي ووقار وسكينة ، وأن لا يكون جباراً يَهَائِه الخصوم ، ولا ضعيفاً يستخفون به ويَظْمَعُون فيه ، وأن يكون ذا تَكَلُّفٍ ولين ، عالماً بلغة البلد الذي يقضي لأهله .

ويستحب أن يكون القاضي كاتباً ، وهو قول الشافعية ، وعند المالكية الكتابة شرطٌ إذ قالوا : الذي لا يكتب كالأعمى لا تجوز توليته ولو كان عالماً ، ويجوز توليته للفتوى وليس القضاء (3) .

شروطُ المَقْضِي له

يُشترط في المَقْضِي له جملةُ شروط منها :

أولاً : أن يكون المَقْضِي له يَمُنُّ تُقْبَل شهادته للقاضي الذي يحكم في واقعته ، فإن

(1) الأحكام السلطانية للماوردي (ص 66) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 377) والأنوار (ج 2 ص 601) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 377) والأنوار (ج 2 ص 601) وأسهل المداير (ج 3 ص 196 - 198) .

كان ممن لا تُقبل شهادته لهذا القاضي فلا يجوز قضاء هذا القاضي له ؛ لأن ذلك بمثابة القضاء لنفسه من وجه ، وعلى هذا لا ينفذ حكم القاضي لنفسه ؛ للحصول التهمة ، ويُستثنى من ذلك عدة صور تتضمن حُكمه فيها لنفسه ويُنفذ .

الصورة الأولى : أن يحكم لمحجوره بالوصية على الأصح ، وأن يضمن استيلاءه على المال المحكوم به وتصرفه فيه .

الصورة الثانية : الأوقاف التي شُرطَ النظرُ فيها للحاكم ، أو صار النظرُ فيها إليه بطريق العموم لانقراض ناظرها الخاص له الحكم بصحتها وموجبها وأن تتضمن الحكم لنفسه في استيلاء أو التصرف .

الصورة الثالثة : للإمام أن يحكم بانتقال ملك إلى بيت المال وإن كان فيه استيلاءه عليه بجهة الإمامة والقاضي الحكم به أيضًا .

ولا ينفذ حكمه أيضًا لشريكه فيما هو مشترك بينهما ، وكذا أصله وفرعه فلا ينفذ حكمه لكل منهم ؛ لأنهم أبعاضه ، وقضاؤه لهم كقضاؤه لنفسه ، وهو الراجح من مذهب الشافعية ، وفي قولهم الثاني ينفذ حكمه لهم بالبينة ؛ لأن القاضي أسير البينة فلا تظهر منه تهمته .

ثانيًا : أن يكون حاضراً وقت القضاء ، فإن كان غائباً لم يُجز القضاء له إلا إذا كان عنه خصم حاضر ؛ لأن القضاء على الغائب مثلما لا يجوز - على خلاف فيه - فالقضاء للغائب أيضًا لا يجوز .

ثالثًا : أن يطلب القضاء من القاضي في حقوق العباد ، لأن القضاء وسيلة إلى حقه فكان حقه ، وحق الإنسان لا يُشتوفى إلا بطلبه ، وعلى هذا فما كان من حقوق الآدميين فهو موقوف على طلب مستحقه ، أما ما كان من حقوق الله ، فإن القاضي يتفرد باستيفائه من غير طلبٍ إذا ثبت بإقرار أو بيينة ⁽¹⁾ .

ما يشترط في المقتضي عليه

يُشترط في المقتضي عليه : حضوره لدى القضاء ، فلا يجوز القضاء على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، وهو قول الحنفية ، خلافاً للشافعية ؛ إذ لم يشترطوا الحضور ⁽²⁾ ،

(1) البدائع (ج 7 ص 8) والأحكام السلطانية (ص 71) ومغني المحتاج (ج 4 ص 379 ، 387) .

(2) البدائع (ج 7 ص 8) ومغني المحتاج (ج 4 ص 393 ، 406) والمجموع (ج 20 ص 129) .

وهو ما نبينه في حينه إن شاء الله .

الشروط التي ترجع إلى نفس القضاء.

ثمة تفصيل فيما يعود إلى القضاء نفسه ، ومنه :

أن يكون القضاء بحق ، وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة ، إما قطعاً بأن قام عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتاب الحكيم أو الخبر المشهور والمتواتر والإجماع ، وإما ظاهراً بأن قام عليه دليل ظاهر يُوجب ظناً راجحاً وأكثر الظن من ظواهر الكتاب الحكيم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعي ؛ وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء والتي لا رواية في جوابها عن السلف بأن لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يُجْز ؛ لأنه قضاءً بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى في موضع الخلاف بما كان خارجاً عن أقوال الفقهاء جميعاً لم يُجْز ؛ لأن الحق لا يتجاوز أقوالهم ، وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر يُخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يُجْز قضاؤه ؛ لأن القياس يُطْلُ بمقابلته النص، سواء كان النص قطعياً أو ظاهراً (1) .

أما القضاء فيما لا نص فيه ولا إجماع فله حالتان :

إحدهما : أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد ، فإن كان كذلك وأفضى رأيه إلى شيء ، فإنه يجب العمل به وإن خالف رأي غيره ممن هو من أهل الاجتهاد والرأي ، ولا يجوز له اتباع رأي غيره ؛ لأن ما أداه إليه اجتهاده هو الحق عند الله ظاهراً ، فكان غيره غير صحيح ظاهراً ؛ لأن الحق في مواطن الاجتهاد واحد ، والمجتهد يُخطئ ويُصيب ، سواء في العقلية والشرعية جميعاً .

ولو أفضى رأيه إلى شيء ، وهناك مجتهد آخر أفضقه منه ، له رأي آخر (مخالف) فأراد أن يعمل برأيه من غير نظر فيه ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة بخلاف الصاحبين ، فإنه لا يجوز عندهما ، بل يعمل برأي نفسه ، ولهذا أوجب أبو حنيفة تقليد الصحابة ورجح قولهم على القياس ؛ لأن قولهم أقرب إلى إصابة الحق من قول القائل (2) .

والأفضل أن يُشاور القاضي أهل الفقه ، فإن اختلفوا في حكم الحادثة فإنه ينظر في

(1) البدائع (ج 7 ص 4) .

(2) البدائع (ج 7 ص 5) .

ذلك فيأخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهراً، وإن اتفقوا على رأي يخالف رأيه فعليه أن يعمل برأي نفسه أيضاً؛ لأن المجتهد مكلف بالعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، فحُرم عليه تقليد غيره.

وعلى القاضي أن ينظر في الوقائع بتأمل وتزوّ؛ فلا يتعجل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق، فإذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدي إليه اجتهاده من غير نكوص ولا اضطراب ولا يأخذه في ذلك تردد أو وجلّ ما دام قد بذل في ذلك غاية المقدور والمستطاع ليتوصل إلى الحق، وليس له أن يقضي بالمجازفة⁽¹⁾، فلو قضى مجازفة (أي: من غير روية ولا تبصّر) لم يصحّ قضاؤه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى.

ثانيتهما: أن لا يكون القاضي من أهل الاجتهاد، فإن كان كذلك، وعرف أقوال العلماء من مذهبه وحفظها على الاختلاف والاتفاق: لزمه أن يعمل بقول من يعتقد أنه حق على التقليد، وإن لم يحفظ أقوالهم لزمه العمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحاب مذهبه، وإذا لم يكن في البلد إلا فقيه واحد: أخذ بقوله من غير بأس؛ لأنه إذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه؛ فقد مسّت الضرورة إلى الأخذ بقوله، قال عز من قائل ﴿فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾.

ولو قضى بمذهب مخالف لمذهبه وهو يعلم ذلك فإنه لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه قضى بما هو باطل في اجتهاده وكذا هذا، ولا يجوز لمجتهد تقليد مجتهد آخر سواء في ذلك القضاء أو الفتوى، وإنما يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى، وكذا العامي المنتسب إلى مذهب لا يجوز له أن يخالفه وهو ما اتفقت عليه الحنفية والشافعية إلا في القضاء من غير المجتهد؛ فهو جائز عند الحنفية خلافاً للشافعية إذ اشترطوا كونه القاضي من أهل الاجتهاد⁽³⁾.

وينفذ قضاء القاضي على المقضي عليه في محل الاجتهاد، سواء كان المقضي عليه عامياً مقلداً أو فقيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأي القاضي، ووجه ذلك في المقلد: أنه يلزمه تقليد المفتي، فتقليد القاضي أولى، وكذا إذا كان مجتهداً؛ لأن القضاء في محل الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاد القاضي هو قضاء مُجمّع على صحته، والصحة تعني نفاذ الحكم على المقضي عليه.

(1) المجازفة: جازف أي باع الشيء لا يعلم كيّله أو وزنه، والجازف: الشيء لا يعلم كيّله أو وزنه، وجازف بنفسه: أي خاطر بها، وجازف في كلامه: أي أرسله إرسالاً على غير روية، وهو المراد هنا، انظر المعجم الوسيط (ج 1 ص 121).
(2) سورة النحل الآية (43).

(3) البدائع (ج 7 ص 5، 6) والأنوار (ج 2 ص 601، 606، 607) والمجموع (ج 20 ص 138، 150).

والمقلد إذا أفناه إنسان في حادثة ثم رفعت إلى القاضي فقضى بخلاف رأي المفتي فإنه يأخذ بقضاء القاضي ويترك رأي المفتي ؛ لأن رأي المفتي يصير متروكاً بقضاء القاضي فكان المقلد أولى بترك رأيه (1) .

قضاء القاضي بعلم نفسه

للعلماء في ذلك تفصيل نعرض له في هذا البيان :

مذهب الحنفية

قضاء القاضي بعلم نفسه - عند الحنفية - يحتمل عدة وجوه هي : أن يقضي القاضي بعلم قد استفاده في زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذي قُلد قضاؤه ، أو أن يقضي بعلم استفاده قبل زمن القضاء وفي غير مكانه ، أو أن يقضي بعلم استفاده بعد زمان القضاء في غير مكانه .

فإن قضي بعلم استفاده في زمن القضاء وفي مكانه ، بأن سمع رجلاً أقره لرجل بمال أو سمعه يُطلق امرأته أو يُقذف رجلاً ، أو رآه يقتل إنساناً وهو قاض في البلد الذي قُلد قضاؤه : جاز قضاؤه ، ولا يجوز قضاؤه بعلمه في الحدود الخالصة غير أنه في السرقة يقضي بالمال وليس بالقَطْع ، ووجه ذلك : أنه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريق الأولى ؛ لأن المقصود من البينة ليس عيبتها بل حصول العلم بحكم الحادثة ، وعلمه الحاصل بالمعينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة ؛ لأن العلم الحاصل بالشهادة علم ليس يقيئاً ، والعلم الحاصل بالحس والمشاهدة علم يقيني ؛ لذا كان القضاء به أولى إلا أنه لا يقضي به في الحدود ؛ لأن الحدود يُحاط في درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، فإن ذلك يُورث شبهة والحدود تُدْرأ بالشبهات بخلاف القصاص فإنه حق العبد ، وحقوق العباد لا يُحاط في إسقاطها ، وكذا حد القذف ؛ لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بالشبهة (2) .

أما إذا قضي القاضي بعلم استفاده في غير زمان القضاء ومكانه ، أو استفاده في زمان القضاء في غير مكانه : أي قُتل أن يحصل البلد الذي ولي قضاؤه فإنه لا يجوز له - في هاتين الحالتين - القضاء بعلمه عند أبي حنيفة ، ووجه قوله : حصول الفرق بين العلمين ؛

(1) البدائع (ج 7 ص 6) والأُنوار (ج 2 ص 606 ، 607) .

(2) البدائع (ج 7 ص 6 ، 7) .

وذلك أن العلم الحادث للقاضي في زمن القضاء هو علم في وقت يكون فيه القاضي مكلفاً فيه بالقضاء فأشبه ما لو كان ثمة يئنة قائمة فيه ، أما العلم الحاصل في غير زمان القضاء : فهو علم في وقت يكون فيه القاضي غير مكلف فيه بالقضاء فلم يشبه البيئة القائمة فيه ؛ لأن الأصل في صحة القضاء هي البيئة وتلحق بها ما كان في معناها ، والعلم الحادث في زمان القضاء يكون حادثاً في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فكان في معنى البيئة ، والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فلم يكن في معنى البيئة فلم يَجْزِ القضاء فيه ، وذلك هو الفرق بين العلمين ، وذلك الذي عليه المالكية في الجملة ؛ إذ قالوا : لا يقضي القاضي بعلمه إلا بالبيانات أو الإقرار ، وهو قول أحمد وشريح ؛ وذلك للتمهة اللاحقة بالقاضي في ذلك ⁽¹⁾ .

أما الصاحبان فيجوز عندهما قضاؤه بعلمه فيما سوى الحدود الخالصة ؛ فلا يجوز ، ووجه قولهما أنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء ؛ لأن العلمين في الحالين من حيث المعنى سواء ، لكنه لا يقضي به في الحدود الخالصة ؛ لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة ، والشبهة تؤثر في الحدود الخالصة ولا تؤثر في حقوق العباد ⁽²⁾ .

مذهب الشافعية

الأظهر من مذهب الشافعية أن القاضي يقضي بعلمه ولو علمه قبل ولايته أو في غير محل ولايته ، سواء أكان في الواقعة بينة أم لا ؛ لأنه إذا حَكَم بما يُفيد الظن - وهو الشاهدان أو شاهد وبين - فجواز الحكم بالعلم أولى ، وعلى هذا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في المال قطعاً ، وكذا في القصاص وحُد القذف على الأظهر ، وفي قولهم الثاني : عدم الجواز ؛ لما فيه من التهمة ، وذكر عن الشافعي أنه يرى القضاء بالعلم ولا يُؤوح به مخافة قضاة سوء ⁽³⁾ .

وقالوا : لا يقضي القاضي بعلمه بجزءاً لأصله وفرعه وشريكه فيما هو مشترك ، ويُراد عندهم بالعلم الذي يقضي به القاضي ما غلب على الظن مطلقاً وهو الراجح في المذهب ، فمتى تحقق الحاكم طريقاً تُصَوِّغ الشهادة للشاهد جاز له الحكم بها وذلك كمشاهدة

(1) البدائع (ج 7 ص 6 ، 7) وبداية المجتهد (ج 2 ص 430) .

(2) البدائع (ج 7 ص 7) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 391) .

القَرْض والإبراء أو استصحاب حكمهما ، وكمشاهدة التصرف مدة طويلة بلا مُعارض ، وكخبرة باطن المعسر ومن ليس له وارث ونحو ذلك ، ولا يكتفي في ذلك بمجرد الظنون وما يقع في القلوب بلا أسباب لم يشهد الشرع باعتبارها ، وهذا كله فيما علمه القاضي بالمشاهدة ، أما ما علمه القاضي بالتواتر فهو أولى بالاعتبار ؛ لأن المحذور هناك التهمة بعدم الحصول ، فإذا شاع الأمر زالت التهمة .

واستثنا من القضاء بعلم القاضي ما لو علم القاضي الإبراء فقال له المقر له : أعرف صدور الإبراء من المقر ، ومع ذلك فإن ديتك باقي عليّ ، فإن القاضي يقضي على المقر له بما أقرّ به وإن كان على خلاف ما علمه القاضي من إقرار المقر ، بالإبراء ؛ وذلك لأن الحُصَمَ (المقر له) قد أقر بما يدفع علم القاضي ، ورُدّ ذلك بأن هذا ليس بقضاء على خلاف العلم ؛ لأن إقرار الحُصَمَ المتأخر عن الإبراء قد يرفع حكم الإبراء فصار العملُ به وليس بالبينّة ولا بالإقرار المتقدم .

واستثنا من محل الخلاف بالقضاء بالعلم جملة صور هي :

أولاً : ما لو أقرّ في مجلس قضائه بشيء فله أن يقضي به قطعاً ، لكن هذا قضاء بالإقرار وليس بالعلم .

ثانياً : لو علم الإمام استحقاق من طلب الزكاة ، جاز الدفع له .

ثالثاً : لو عاين القاضي اللُوث ⁽¹⁾ كان له أن يعتمد ويقضي بموجبه .

رابعاً : أن يقرّ عنده بالطلاق الثلاث ثم يدعي زوجيتها .

خامساً : أن يدعي أن فلاناً قتل أباه وهو يعلم أن قاتله غيره .

أما ما كان في حدود الله تعالى كالزنا والسرقة والحراة والشرب فإنه لا يجوز للقاضي أن يقضي فيها بعلمه ؛ لأن الحدود تُدْرَأُ بالشبهات ويُتَدَبَسُ سترها ، وكذا التعزيرات المتعلقة بحق الله تعالى فهي كالحدود المتعلقة به سبحانه ، وخروج بحدود الله وتعزيراته حقوقه المالية فيقضي فيها القاضي بعلمه ، ولو قامت عنده بينة بخلاف علمه امتنع عليه الحكم بشيء منهما .

(1) اللُوث : يراد به هنا شبه الدلالة على حدّث من الأحداث ولا يكون بينة تامة ، يقال : لم يُقَمَّ على اتهام فلان بالجناية إلا لُوث ، انظر القاموس المحيط (ج 1 ص 180) والمعجم الوسيط (ج 2 ص 844) .

وقالوا : إذا نُقِلْنَا أحكامُ القاضي الفاسق للضرورة فإنه ينبغي أن لا يُتَّقَدَ قضاؤه بعلمه بلا خلاف ؛ إذ لا ضرورة إلى تنفيذ هذه الجزئية المهمة (القضاء بعلمه) مع فسقه الظاهر وعدم قبول شهادته قطعاً ⁽¹⁾ .

على أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بخلاف علمه ، وذلك كما لو شهد شاهدان بزوجية اثنين ، وكان القاضي يعلم أن بينهما تخريبية أو طلاقاً بائناً فلا يقضي بالبينه (الشهادة) ؛ ذلك لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطلان حُكْمِهِ ، والحكم بالباطل محرمٌ . ومن مقتضى ذلك أيضاً أنه لو قضى بشهادة شاهدين لا يعلم صدقهما ولا كذبهما فإن قضاءه ينفذ جزئاً ⁽²⁾ .

القضاء على الظاهر

القضاء فيما باطن الأمر فيه بخلاف ظاهره ينفذ ظاهراً لا باطناً ؛ لأننا مأمورون باتباع الظاهر والله سبحانه وتعالى يتولى السرائر ، وهذا الحكم لا يُجِلُّ حراماً ولا يحُرِّمُ حلالاً ، فلو حكم القاضي بشهادة شاهدين زورٍ ظاهرهما العدالة لم يحصل بحكمه الإباحة في الباطن ، سواء في ذلك المال أو غيره ، وفي هذا أخرج الترمذي عن أم سلمة قالت : قال رسول الله ﷺ : « إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشرٌ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فإن قضيت لأحد منكم بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذ منه شيئاً » ⁽³⁾ .

وعلى هذا لو كان المحكوم به نكاحاً لم يُجِلَّ للمحكوم له الاستمتاع بالمرأة ، وإنما عليها الامتناع والهرب ما أمكنها ، فإن أُكْرِهَتْ فلا إثم عليها ، وفي حُكْمِهِ بالوطء وجهان : أصوبهما عدم الحد ؛ لأنها في قول الحنفية منكوحة بالحكم فيكون وطؤها وطئاً في نكاح مختلف في صحته ، وذلك شبهة يُدْرَأُ بها الحد ، وبذلك فإنها لا يجوز لها تمكُّنُهُ من نفسها ، فإن قَصَدَهَا دفعته كالمصائل على البُطْنِ ، وإن أَوْدَى به الدفع إلى الهلكة والمُسْتَرْغُ للدفع والمُوجِبُ له هو انتهاك الفرج المحرَّم بطريق غير شرعي . وإن كان قاصداً لا إثم عليه ، كما لو صال صبي أو مجنوناً على بُطْنِ امرأة - فإنه يجب عليها دفعه .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 398 - 399) . (2) مغني المحتاج (ج 4 ص 395) .

(3) الحديث رواه البخاري (340/5) برقم (2680) ومسلم (1337/3) برقم (1713) والترمذي (624/3) برقم (1339) وانظر في هذه المسألة : مغني المحتاج (ج 4 ص 397) والأُنوار (ج 2 ص 634) وبدلية المجتهد (ج 2 ص 422 - 423) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 307) وأسهل المدارك (ج 3 ص 208) .

ولو كان المحكوم به - المني على شهادة الزور - طلاقاً فإنه يُجِلُّ له أن يطأها باطلاً إن تمكن من ذلك لكنه يُكْزَره ؛ لأنه يُعْرَضُ نفسه للتهمة إلا أنه يبقى التوارث بينهما لا التَّفَقُّة للحيلولة بينهما وبينه ، أما لو كان باطناً الأمر فيه كظاھرہ - بأن ترتب على أصلي صادق - فإنه يُتَّقَدُ الحكم فيه باطلاً أيضاً قطعاً ، وذلك الذي عليه جمهور أهل العلم خلافاً لأبي حنيفة .

وجملته : أن حكم الحاكم لا يُجِلُّ للمحكوم له ما ليس في نفسه حلالاً ، وهو كذلك لا يحرم حلالاً ، سواء في ذلك الأموال والفروج لا يُجِلُّ حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً ، وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة ، فإنها لا تَحِلُّ له وإن أكلها الحاكم بظاهر الحكم ، وحجتهم في ذلك حديث الترمذي السابق (1) .

أما الحنفية فلهم في ذلك تفصيل فقال الإمام أبو حنيفة : كل شيء قضى به القاضي في الظاهر فهو كمثلته في الباطن ، فإذا قضى في الظاهر بتحريم شيء فهو في الباطن كذلك ، أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين بنى قضاءه عليهم كاذبين والقاضي لا يعلم ذلك ، وكذا إذا قضى في شيء أنه حلال فهو حلال عند الله وإن كان بشهادة الزور ، وهو مشروط بما إذا كانت الدعوى بسبب معين للحلل والحزمة كالبيع والنكاح والطلاق .

وجملة ذلك : أن القضاء بالمعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطلاً خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة في المذهب ، فينبني على قول أبي حنيفة ما لو ادَّعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما فقد حل للمدعي وطؤها ولها أن تمكته من نفسها ، وكذا إذا ادَّعت ذلك امرأة ، وكذا في الفسوخ بالبيع والإقالة ، وكذلك لو ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى القاضي بالفُرقة فتزوجت بآخر ؛ فإنه يُجِلُّ له وطؤها عند الله تعالى ، وحجته في ذلك أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد عُلم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفُرقة ويُحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويُجِلُّها لغيره ؛ فإن كان هو الكاذب لم تُحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة (2) .

(1) انظر الهامش السابق .

(2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 307) والبدائع (ج 7 ص 15) وبداية المجتهد (ج 2 ص 423) .

القضاء بكتاب القاضي

يُشترط لجواز القضاء بكتاب القاضي جملة شروط هي :

أولاً : البيئة على أنه كتاب القاضي ، ويشهد الشهود على أن هذا كتاب فلان القاضي ويذكرون اسمه ونسبه ؛ لأنه لا يُعرف أنه كتابه من غير ذلك .

ثانياً : أن يكون كتاب القاضي مختوماً ، ويشهد الشهود على أن هذا ختمه ؛ وذلك من أجل صيانتها عن الخلل فيه .

ثالثاً : أن يشهد الشهود بما في الكتاب ، وهو أن يقولوا : إن القاضي قرأه عليهم مع الشهادة بالختام ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا شهدوا بالكتاب والختام قُبِلت شهادتهم ، وإن لم يشهدوا بما في الكتاب ، وكذا إذا شهدوا بالكتاب وبما في جوفه قُبِلت شهادتهم ، وإن لم يشهدوا بالختام بأن قالوا : لم يشهدنا على الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوماً أصلاً ، ووجه قول أبي يوسف في ذلك : أن المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضي المكتوب إليه بأن هذا كتاب فلان القاضي ، ووجه قول أبي حنيفة وصاحبه : أن العلم بأنه كتاب فلان لا يحصل إلا بالعلم بما فيه ، ولا بد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود .

رابعاً : أن يكون بين القاضي المكتوب إليه وبين القاضي الكتاب مسيرة سفر ، فإن كان دون السفر لم يُقبل ؛ وذلك لأن القضاء بكتاب القاضي قد يجوز لحاجة الناس إليه بطريق الرخصة ؛ لأنه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عند خصم حاضر لكن يجوز للضرورة ، ولا ضرورة فيما دون مسيرة السفر .

خامساً : أن يكون الكتاب في الدُّن أو العين التي لا حاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة ، وذلك كالسور والعقار ، وأما في الأعيان التي تقع الحاجة إلى الإشارة إليها كالمَنْقُول من الحيوان والعروض فإنها لا تُقبل عند أبي حنيفة ومحمد ، ووجه قولهما : أنَّ الشهادة لا تُقبل إلا على معلوم ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ ⁽¹⁾ ، والمنقول لا يصير معلوماً إلا بالإشارة إليه ، والإشارة إلى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعي لجهالة المدعى ؛ فلا يُقبل

(1) سورة الزخرف الآية (86) .

الكتاب في سائر المنقولات بخلاف العقار ؛ لأنه يصير معلوماً بالتحديد ، وكذلك بخلاف الدين ؛ لأن الدين يصير معلوماً بالوصف ، وهو مذهب الخنفيه ، وقال ابن أبي ليلى : يُقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الكل ، وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس ، وينبغي للقاضي المرسل إليه أن لا يَفُك الكتاب إلا بحضور من الخصم ليكون أبعَد من التهمة .

سادساً : أن لا يكون الكتاب في الحدود والقصاص ؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة ، وهذه لا تُقبل في الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضي إلى القاضي لا يُقبل .

سابعاً : أن يكتب في الكتاب اسم المكتوب له وعليه ، واسم أبيه وجده وقبيلته ، حتى لو كتب اسم أبيه ولم يُذكر اسم جده أو نسبه إلى قبيلة كني مخزوم أو عدي أو تميم ونحوه لا يُقبل الكتاب ؛ لأن التعريف لا يَحْطُل به إلا أن يكون شيئاً ظاهراً ومشهوراً .

ثامناً : أن تُذكر الحدود في الدور والعقار ، لأن التعريف في المحدود لا يصح إلا بذكر الحد ، ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود قُبِل ، وعند زفر لا يُقبل ما لم تُذكر الحدود الأربعة .

تاسعاً : أن يكون القاضي الكاتب باقياً على قضائه حتى وصول كتابه إلى القاضي الثاني المكتوب إليه ، فلو مات أو عُزل قبل أن يصل كتابه إليه لم يُقبل به ، ولو مات بعد وصول كتابه إليه جاز له أن يقضي به .

عاشراً : أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل ، فإن كان من أهل البغي فليس لقاضي أهل العدل أن يعمل به بل يَرُدّه ؛ غيظاً لهم .

حادي عشر : أن يُراد بكتاب القضاء وجه الله جل وعلا ، خالصاً له وحده ؛ لأن القضاء عبادة ، والعبادة إخلاص العمل بكليته لله عز وجل ، فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لغيره لا يُقبل شهادته له ، لأن القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يَخْلُص لله سبحانه وتعالى .

وكذلك ما لو قضى في حادثة برشوة فإنه لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة وإن قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة ؛ لأنه إذا أخذ رشوة على القضاء فقد قضى لنفسه وليس لله عز وجل فلم يصح (1) .

أما الشافعية ، فذهبوا إلى مثل ذلك في الجملة ؛ إذ قالوا : يجوز للقاضي أن يكتب

(1) البدائع (ج 7 ص 7 ، 8) .

قضاءه إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين ، فمن بلغه ، عمِل به ، وسنعرض لبيان ذلك في القضاء على الغائب (1) .

وقال صاحب الأنوار في صورة الكتاب من القاضي إلى القاضي : حضر فلان في تاريخ كذا وأدعى على فلان المقيم ببلد كذا وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان - وقد عدلا - وحلقت المدعي وحكمت له بالمال فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبتته وأشهدت بذلك فلان وفلان ، ولا يشترط تسميتهم بل يكفي أن يكتب : شهد عندي عدول . ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجب الحكم ؛ لأنه قد يحكم بشاهد يمين أو يعلمه ، ويستحب أن يختم الكتاب ، ويدفع إلى الشاهدين نسخة أخرى غير مختومة ليطالعاها ويتذكرا عند الحاجة ، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه ، وأن يُثبت اسم نفسه واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب وعنوانه أيضًا - فإن لم يكتب وقطع الشهود بأن هذا كتابه قبل - وأن يكتب في آخره : كتبته يدي أو كتب بأمر (2) .

وفي كتاب القاضي إلى القاضي أو الأمير ، أو العكس أخرج البيهقي عن أبي عثمان أن عتبة بن فرقد بعث إلى عمر (رضي الله عنه) معه ومع غلام لعبته من أذربيجان بخيصر (3) جيد صنعه في السلالي عليها اللبود فلما انتهى إلى عمر (رضي الله عنه) كشف عمر عن الخيصر فقال عمر (رضي الله عنه) : أيشع المسلمون في رجالهم من هذا ؟ فقال الرسول : اللهم لا ؛ فقال عمر (رضي الله عنه) : لا أريد ، وكتب إلى عتبة : أما بغد فإنه ليس من كذك ولا من كذك إليك ولا من كذك أمك ، فأشع من قبلك من المسلمين في رجالهم مما تشيع منه في رجليك ، ثم قال : اتزروا ، واؤتدوا ، وانتعلوا ، وألقوا سراويلات والخفاف ، ودزوا التتعم وزئ العجم ، وإياكم ولئس الحرير (4) .

وفي ختم الكتاب أخرج البيهقي عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) قال : لما أراد رسول الله ﷺ أن يكتب إلى الروم وقيل له : إنهم لن يقرؤوا كتابك إذا لم يكن مختوماً ، فاتخذ خاتماً من فضة ، ونقشه : محمد رسول الله ، قال أنس : فكأننا أنظر إلى بياضه في يده (5) .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 409) والأنوار (ج 2 ص 638) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 497) والمجموع

(ج 20 ص 163 - 165) . (2) الأنوار (ج 2 ص 638) .

(3) الخيصر : الحلوة المخبوصة من التمر والشبن ، والمجموع : الخيصة ، والخيصة القطعة من الخيصر . انظر

المعجم الوسيط (ج 1 ص 216) . (4) البيهقي (ج 10 ص 128) .

القضاء على الغائب

اختلفت كلمة العلماء في حكم القضاء على الغائب من حيث الجواز وعدمه، وثمة قولان في ذلك نعرض لهما في هذا التفصيل :

القول الأول :

وهو قول الحنفية ؛ إذ ذهبوا إلى أنه يُقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص وذلك إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، فإن شهدوا على خصم حاضر حُكم بالشهادة وجاز القضاء ، ويراد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مُسَخَّرًا وهو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع الدعوى عليه ، أما إذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يصح الحكم ؛ لأن ذلك قضاء على غائب ، وجملته ذلك : أنه لا يجوز القضاء على الغائب إذا لم يكن عنده خصم حاضر ، وعلى هذا يُشترط في المقضي عليه أن يكون حاضراً إما بنفسه أو بوكيل عنه أو مسخر (1) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه أبو داود عن علي (رضي الله عنه) قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً ، فقلت : يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : « إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضيَنَّ حتى تشمَّع من الآخر كما سمعت من الأول ؛ فإنه أحرى أن يبيِّن لك القضاء » قال : فما زلت قاضياً ، أو ما شككت في قضاء بعد (2) .

وأخرج أبو داود عن أم سلمة قالت : قال رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحججه من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذ منه شيئا ؛ فإنما أقطع له قطعة من النار » (3) .

وهذا يدل على أن القضاء إنما يكون على الحاضر لا الغائب .

القول الثاني :

وهو قول الشافعية وكذا المالكية ؛ إذ قالوا : القضاء على الغائب جائز بشرطه كما

(1) البدائع (ج 7 ص 8) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 286) .

(2) (3) أبو داود (ج 3 ص 301) .

سيأتي ؛ وذلك لعموم الأدلة على القضاء ⁽¹⁾ ، ولما أخرجه البيهقي وغيره عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت : جاءت هند أُم معاوية إلى رسول الله ﷺ فقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وإنه لا يُقِطِني ما يَكْفِيني وولدي إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم ، فهل علي في ذلك من شيء ؟ فقال لها النبي ﷺ : « خُذِي ما يَكْفِيكِ وتُيك بالمعروف » ⁽²⁾ .

وفي رواية للبخاري عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت : يا رسول الله ، والله ما كان على ظَهر الأرض أهلُ خِباءٍ أحبَّ إليَّ أن يَذِلُّوا من أهل خيالك ، وما أصبح اليوم على ظَهر الأرض أهلُ خِباءٍ أحبَّ إليَّ أن يَمُزُّوا من أهل خيالك ، ثم قالت : إن أبا سفيان رجلٌ مُشِيك ، فهل علي من خِزج أن أُطِعمَ الذي له عيالنا ؟ قال لها : « لا خِزج عليك أن تُطِعمهم من معروف » ⁽³⁾ .

وهذا قضاءٌ منه ﷺ على زوجها حال غيابه ، وليس ذلك فتوى ؛ ولو كان فتوى لقال لها : لك أن تأخذي ، أو قال : لا بأس عليك ونحو ذلك ولم يقل : « خُذِي » فإن المفتي لا يقطع فلما قطع كان حكماً ، وقيل : لا يصح الاستدلال بهذا الحديث ؛ لأن أبا سفيان كان حاضراً بمكة ؛ فإن الواقعة كانت بمكة لما حضرت هندُ المباينة ، وأُجيب عن ذلك بأن الواقعة يُحتمل أن تكون وقعت مرتين .

وكذلك أخرج البيهقي عن دلاف أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السيز فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فقال : أما بعد أيها الناس فإن الأسيفعَ أسيفعُ جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال : سبق الحاج إلا أنه قد اذَّانٌ مُغرَضاً فأصبح قَدْ رَيْنَ بِهِ ، فمن كان له عليه ذَيْنَ فليأتنا بالعَداءَ نُقسِّم ماله بين غرمائه ⁽⁴⁾ .

وصح عن عمر أنه حكم في امرأةٍ المفقود أنها تترُصُّ أربع سنين وأربعة أشهرٍ وعشراً ، قال ابن حزم في ذلك : صح عن عثمان القضاء على الغائب ولا مخالِفَ له من الصحابة ، ولأن الحُجَّةَ مسموعةٌ بالاتفاق على الغائب ؛ فليجب الحكمُ بها كالحجة المسموعة على الحاضر الساكت ، وكذلك فإن الحكم على الميت والصغير جائزٌ ، وهما أعجزُ عن الدفع من الغائب ، ولأن في المنع من القضاء على الغائب إضاعةً للحقوق التي يناط بالحكام حِفْظُها .

(1) معني المحتاج (ج 4 ص 406) أسهل المدارك (ج 3 ص 210 - 211) والمجموع (ج 20 ص 163) .

(2) البيهقي (ج 10 ص 141) .

(3) البخاري (ج 9 ص 82) .

(4) البيهقي (ج 10 ص 141) .

وجملة القول في ذلك : جواز القضاء على الغائب بشرطه ، وذلك بدليل من كل من الخير والأثر والقياس والمصلحة .

إذا ثبت ذلك فإنه تُشتمع الدعوى ، ويُقضى بها على الغائب ، ويُشترط لذلك جملة شروط هي :

أولاً : أن يبين المدعي ما يدعي به ، وكذا قدر ما يدعي به ، ونوعه ووصفه ، ويقول : إني طالت بحقي .

ثانياً : أن يكون للمدعي حجة ولو شاهداً وبينة فيما يقضي فيه بهما ؛ لأن الدعوى لقصد ثبوت الحق ، وطريق ذلك محصورة في إقرار أو يمين أو بينة ، والأولان مفقودان عند غيبة المدعى عليه .

ثالثاً : أن يدعي المدعي على الغائب جموده الحق المدعى به ، أي يدعي حصول الجحد من المدعى عليه (الغائب) ، وإذا لم يجحد بأن أقرو فلا مسأغ للدعوى ، على أنه يقوم مقام الجحد ما في معناه ، وذلك كما لو اشترى عتيقاً وخرجت مستحقة فأدعى الثمن على البائع الغائب فإنها تُسمع وإن لم يذكر الجحد ، وإقداؤه على البيع كافٍ في الدلالة على جموده ، فإن قال المدعي : إن المدعى عليه (الغائب) مُقِرُّ وأنا أقيم البينة مخافة جموده ، فقد لَقِيت دعواه ولم تُسمع بيته ؛ وذلك لتصريحه بما يُنافي سماعها ؛ لأن الدعوى لا تُقام على مقر ؛ إذ لا حاجة (1) .

هذا إن أراد المدعي بإقامة دعواه أن يكتب القاضي بذلك لحاكم بلد الغائب ، أما لو كان للغائب مال حاضر وأقام المدعي البينة على ذنبه أو حقه ليوفيه القاضي إياه سمعت دعواه وإن قال : هو مقر ، ولزاد على هذه الصورة صوراً أخرى ، منها : ما لو قال : هو مقر ولكنه ممتنع سمعت بيته وحُكِمَ بها .

ومنها : ما لو كان الغائب لا يقبل إقراره لسفه ونحوه ، فلا يمتنع قوله : (هو مقر) من سماع بيته المدعى ، وكذا المفلس يقر بذنب من يعامله بعد الحجر فإنه لا يقبل إقراره في حق الغرماء ؛ فلا يضر قول المدعي في غيبته : إنه مقر ؛ لأن إقراره لا يؤثر (2) .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 406 - 407) والأنوار (ج 2 ص 636) والمجموع (ج 20 ص 363) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 407) والأنوار (ج 2 ص 636) .

ولو أطلق المدعي بأن لم يتعرض لوجود الغائب ولا لإقراره فالأصح أن يثبت أنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ويحتاج إلى إثبات حقه فتجعل غيبته كشكوته وفي قول الشافعية الثاني : لا تُسمع ؛ لأن البيّنة إنما يحتاج إليها عند الجحود ، ويجب على القاضي أن يُخلف المدعي بعد إقامة البيّنة وتعديلها وقبل توفية الحق ، وصورة خليفه أن يقول : إن الحق الذي لي على الغائب ثابت في ذمته إلى الآن وإنه يجب تسليمه إليّ ، ويجوز أن يقتصر فيخلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه ، وإنما اعتُبر ذكر لزوم تسليمه ؛ لأنه قد يكون ثابتاً في ذمته ولا يلزمه تسليمه ؛ لتأجيل ونحوه ، وقيل : يُستحب تحليفه ، ويجرى هذان الوجهان في الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت من غير وارث خاص ، والأصح الوجوب ؛ لعجز هؤلاء عن التدارك ، فإن كان للميت وارث خاص اعتُبر في الحلف طلب الوارث ؛ لأن الحق له في التركة (1) .

ولو ادعى وكيل عن غائب بحق على غائب عن البلد وأقام البيّنة - وقلنا بوجوب التحليف بعدها - فإنه لا تحليف على الوكيل بل يحكم بالبيّنة ويعطى المال المدعى به إن كان للمدعى عليه مال ؛ لأن الوكيل لا يحلف يمين الاستظهار بحال ؛ لأن الشخص لا يستحق يمين غيره (2) .

ولو كان المدعى عليه حاضراً فادعى عليه وكيل شخص غائب بحق وأقام البيّنة عليه ، ثم قال لو كمل المدعي : أبرأني موكلك الغائب عما ادعيت عليّ ، فإن المدعى عليه يؤمر بالتسليم للحق المدعى به للوكيل ولا يؤخر الحق إلى حضور الموكل الغائب ؛ لأنه يؤدي إلى تعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء ، ويمكن ثبوت الإبراء بعد ذلك إن كان له حجة وكذا لو ادعى قيم الصبي ديناً للصبي ، فقال المدعى عليه : إنه أثلف عليّ من جنس ما يدعيه ، ما هو قضاء لدينه - لم ينفعه في تأخير قضاء ما أثبته القيم بل تقضي في الحال . وإذا بلغ الصبي وعقل خلفه على نفي ما ادعاه من الإتلاف (3) .

ولو قال شخص لآخر : أنت وكيل فلان الغائب ولي عليه كذا وأدعي عليك ، وأقام بذلك بيّنة فأنكر الوكالة أو قال : لا أعلم أنني وكيل لم تقم عليه بيّنة بأنه وكيله ؛ لأن الوكالة حق له ، فلا تُقام بها بيّنة قبل دعواه ، وإذا علم أنه وكيل وأراد أن لا يُخاصم فليغرل نفسه ، وإن لم يعلم ذلك فينبغي أن يقول : لا أعلم أنني وكيل ، ولا يقول :

(1) معني المحتاج (ج 4 ص 407) والأنوار (ج 2 ص 636) .

(2 ، 3) معني المحتاج (ج 4 ص 408) والأنوار (ج 2 ص 637) .

لشئ بوكيل مكدّبا لبينة قد تقوم عليه بالوكالة (1) .

وإذا ثبت عند حاكم مآل على غائب ، وحكم به عليه ، وله (الغائب) مآل حاضر ، وطلبه المدعي قضاء الحاكم منه ؛ لأنه حقٌ وجب عليه ، وتعدّز وفاؤه من جهة من عليه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان حاضرا ، فامتنع .

وإذا لم يكن للغائب مآل حاضر فإن سأل المدعي إنهاء الحال من سماع بينة أو شاهد أو يمين بعد ثبوت عدالة الشاهد ، أو سأل لإنهاء حكم إلى قاضي ببلد الغائب - أجابه لذلك - إن علم مكان الغائب ؛ مسارعة إلى قضاء الحقوق فينهي إليه سماع بينة ؛ ليحكم بها ثم يستوفي المال (2) .

صفة إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب

إذا ثبت عند حاكم مآل على غائب ، وحكم به عليه ، وله مآل حاضر ، وطلبه المدعي ، قضاء الحاكم منه ؛ لأنه حقٌ وجب على الغائب ، وتعدّز وفاؤه من جهة من عليه ، فقام الحاكم مقامه كما لو كان حاضرا فامتنع ، وإذا لم يكن للغائب مآل حاضر ، فإن سأل المدعي إنهاء الحال من سماع بينة أو شاهد و يمين بعد ثبوت عدالة الشاهد ، أو سأل المدعي إنهاء حكم إلى قاضي ببلد الغائب فإنه يُجيبه لذلك إن علم مكان الغائب ؛ مسارعة إلى قضاء الحقوق ، فيُنهي إليه سماع البينة ؛ ليحكم بها ثم يستوفي المال ويكتب في صفة إنهاؤها : سمعتُ بينة عادلة قامت عندي بأن لفلان على فلان كذا فأحكم بها ، وذلك مشروطٌ ببعد المسافة كما سيأتي في موضعه ، أو ينهي إليه حكما - إن حكم - ليستوفي المال ، ويكتب في إنهاء الحكم :

قامت عندي بينة عادلة لفلان على فلان بكذا وحكمتُ به فاستوفى حقه . ولأن الحاجة قد تدعو لذلك فإن من له بينة في بلد وتخصّعه في بلد آخر لا يمكنه حملها إلى بلد الخصم ولا حمل الخصم إلى بلد البينة فيضيع الحق ولا يُشترط في هذه الحالة بعد المسافة (3) .

على أن إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب له ثلاث درجات :

- (1) مغني المحتاج (ج 4 ص 408 - 409) والأنوار (ج 2 ص 637) .
- (2) مغني المحتاج (ج 4 ص 409) والأنوار (ج 2 ص 638) .
- (3) مغني المحتاج (ج 4 ص 409) والأنوار (ج 2 ص 638) والمجموع (ج 20 ص 163 - 164) .

الدرجة الأولى :

سماع البينة لدى القاضي أو الحاكم .

الدرجة الثانية :

قول الحاكم : ثبت عندي ما تضمنته دعوى المدعي ، وهذه الدرجة تقتضي حصول الدرجة الأولى (سماع البينة) وليس العكس .

الدرجة الثالثة :

الحكم بالحق ، وهذه أرفع الدرجات ، وهي تستلزم ما قبلها ، وهما : سماع البينة ، والثبوت عند الحاكم ⁽¹⁾ .

والإنهاء أن يُشهد القاضي عدلين بسماع البينة خاصة ، أو يُشهدهما بحصول الحكم باستيفاء الحق ، ولو لم يُشهدهما ولكن أنشأ الحكم بحضورهما فلهما أن يشهدا عليه وإن لم يُشهدهما ، ومع ذلك فإنه يستحب مع الإشهاد كتاب به وهو لا يجب ؛ لأن الاعتماد يمكن أن يكون على الشهادة ، وفائدة الكتاب أن يُذكر الشاهد الحال ؛ لأنه قد ينساه ، ويُذكر في الكتاب ما يتم به الغائب (المحكوم عليه) من وصف ، وكذا المحكوم له وذلك من اسم كل منهما وكُنْيته وقبيلته وحليته وغير ذلك ليسهل التمييز ، ويُذكر أسماء شهود الكتاب وتاريخه ثم يُختم الكتاب على سبيل التذنب ؛ حفظاً للكتابة من التزوير وإكراثاً للمكتوب إليه ، وختم الكتاب سنة متبعة كما قال ابن بطال في شرحه البخاري ، وفي ذلك روى البخاري عن أنس بن مالك قال : لما أراد النبي ﷺ أن يكتب إلى الروم قالوا : إنهم لا يقرؤون كتاباً إلا مختوماً ، فاتخذ النبي ﷺ خاتماً من فضة كأنني أنظر إلى ويصه ⁽²⁾ ، ونقشه (بسكون القاف) محمد رسول الله ⁽³⁾ ، وقد كانوا لا يقرؤون كتاباً غير مختوم ؛ خوفاً من كشف أسرارهم وإضاعة تديبرهم ⁽⁴⁾ .

وختم الكتاب يكون بعد قراءته (الكتاب) على الشاهد بحضرته ، ويقول القاضي

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 409) .

(2) الزبيص : البريق والإضاءة ، والريصة والواصة : النار والحفرة والبرقة ، انظر المعجم الوسيط (ج 2 ص

1008) . (3) البخاري (ج 9 ص 83 ، 84) .

(4) مغني المحتاج (ج 4 ص 409) والجموع (ج 20 ص 164) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 497) وأسهل المدارك (ج 3 ص 211) .

لِلشَّاهِدَيْنِ : أَشْهَدُكُمَا أَنِّي كَتَبْتُ إِلَى فُلَانٍ بِمَا سَمِعْتُمَا وَيَضَعَانِ خَطَّيَهُمَا فِيهِ ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُهُ لِهَمَا : أَشْهَدُكُمَا أَنَّ هَذَا خَطِّي وَأَنَّ مَا فِيهِ مُحْكَمِي مِنْ غَيْرِ قِرَاءَةٍ ، ثُمَّ يَدْفَعُ لِلشَّاهِدَيْنِ نَسْخَةً أُخْرَى بِلَا خَتَمٍ ؛ كَيْمَا يَطْلَعَاهَا وَيَتَذَكَّرَا عِنْدَ الْحَاجَةِ .

وصيغة الكتاب الذي يرسله القاضي للقاضي الآخر في حق الغائب هي : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، حَضَرَ - عَافَانَا اللَّهُ وَإِيَّاكَ - فُلَانٌ وَادَّعَى عَلَى فُلَانٍ الْغَائِبِ الْمَقِيمِ بِلَدِكَ بِالشَّيْءِ الْفُلَانِي ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ هُمَا فُلَانٌ وَفُلَانٌ وَقَدْ عَدَلَا عِنْدِي ، وَحَلَفْتُ الْمُدَّعِي وَحَكَمْتُ لَهُ بِالْمَالِ فَسَأَلَنِي أَنْ أَكْتُبَ إِلَيْكَ فِي ذَلِكَ فَأَجَبْتُهُ وَأَشْهَدْتُ بِالْكِتَابِ فُلَانًا وَفُلَانًا .

وَيُسَمَّى أَنْ يَكْتُبَ اسْمَهُ واسم المكتوب إليه في العنوان أيضًا ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِلَدِ الْغَائِبِ كَتَبَ الْكِتَابَ مُطْلَقًا إِلَى كُلِّ مَنْ يَبْلُغُهُ مِنْ قَضَاةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَمَنْ بَلَّغَهُ عَمِلَ بِهِ .

ويشترط في شهود الكتاب والحكم : ظُهُورُ عِدَالَتِهِمْ عِنْدَ الْقَاضِيِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ ، وَلَا تَثْبُتُ عِدَالَتُهُمْ عِنْدَهُ بِتَعْدِيلِ الْقَاضِيِ الْكَاتِبِ إِيَّاهُمْ فِي الْأَصْحَ ، وَإِذَا حَمَلَا الْكِتَابَ إِلَى بِلَدِ الْغَائِبِ أَخْرَجَاهُ إِلَيْهِ لِيَقِفَ عَلَى مَا فِيهِ . وَيَشْهَدَانِ عِنْدَ الْقَاضِيِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ عَلَى مَا صَدَرَ مِنَ الْقَاضِيِ الْكَاتِبِ مِنَ الْحُكْمِ أَوْ الثَّبُوتِ الْمَجْرَدِ عَنِ الْحُكْمِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْخَصْمُ الْمُحَضَّرُ لِلْقَاضِيِ الْحَقَّ الْمُدَّعَى بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَلْزَمَهُ الْقَاضِيُ تَوْفِيقَتَهُ (1) .

ولو قَالَ الْخَصْمُ الْمُحَضَّرُ لِلْقَاضِيِ : لَشْتُ الْمُسَمَّى فِي هَذَا الْكِتَابِ فَإِنَّهُ مُصَدِّقٌ بِبَيْتِهِ أَنَّهُ لَيْسَ الْمُسَمَّى فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فَرَاغُ ذِمَّتِهِ ، وَعَلَى الْمُدَّعِي أَنْ يَقْدِمَ بَيِّنَةً بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ هُوَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ تَسْمِيَتِهِ بِهَذَا الْاسْمِ .

وهذا إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفًا بِهَذَا الْاسْمِ ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِهِ فَلَا يُفِيدُ إِنْكَارَهُ ، فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ بِأَنَّ الْمَكْتُوبَ فِي الْكِتَابِ هُوَ اسْمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَنَسَبُهُ فَقَالَ الْغَائِبُ : مَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ صَحِيحٌ لَكِنْ لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ بِهَذَا الْحَقِّ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الْحُكْمُ بِمَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ مِنْ غَيْرِ التَّفَاتِ لِقَوْلِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ شَخْصٌ آخَرُ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الْاسْمِ وَالصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِيمَا ذُكِرَ وَقَدْ عَاصَرَهُ وَكَانَ حَاضِرًا فَإِنَّهُ يُحَضَّرُ ، فَإِنْ

(1) معني المحتاج (ج 4 ص 410) والمجموع (ج 20 ص 164) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 497) وأسهل المدارك (ج 3 ص 211) .

اعترف المشارك له بالحق طوّل به وثرّك الأول لبيان الغلط فيه (1) .

وإذا لم يعترف المشارك بالحقّ له يمتّ القاضي المكتوب إليه إلى القاضي الكاتب ليطلب من الشهود زيادة صفة تميّز المشهود عليهم ويكتبها ثانياً ثم يُثبّتها لبلد الغائب ، فإن لم يجد زيادةً على الصفات المكتوبة وقف الأمر حتى يتكشف بتمييز شهود الأصل بالإشارة إليه (2) .

الإنهاء بالمشافهة

يتحقّق الإنهاء بالمشافهة بجملة صور هي :

أولاً : أن يجتمع الذي حكم وقاضي بلد الغائب في غير البلدين ويخبره بحكمه فليس له إمضاؤه إذا عاد لمحل ولايته .

ثانياً : أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب ويخبره بالحكم فلا يُقبّل قوله ولا يمضي حكمه وذلك كالصورة السابقة ؛ لأن إخبار القاضي في تِلْكَما الحاليتين في غير موضع ولايته ، فيكون كإخباره بعد العزل فلا يُقبّل .

ثالثاً : أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره فيفضّيه إذا عاد إلى محل ولايته وهو حكم بعلمه وقد مرّ جوازه سابقاً . ولو حضر قاضي بلد الغائب إلى بلد الذي حكم فقال المقيم للمسافر : حكمتُ لفلان الذي هو في بلدك على فلان بكذا لم يُنفذ لا في الحال ولا بعد رجوعه إلى محل ولايته ؛ لأنه يُشترط أن يكون القاضي والمحكوم له في محل ولايته .

رابعاً : لو حضر قاضي بلد الغائب ببلد الحاكم للمدعي الحاضر فشافهه بحكمه على الغائب ففي تنفيذه إذا عاد إلى محل ولايته خلاف القضاء بعلمه فيحكم ، ويخرج ببلد الحاكم ما لو اجتمعا في غير بلدهما وأخبره بحكمه فليس له إمضاؤه إذا عاد لمحل ولايته . وبحكمه ما لو شافهه بسماع البينة فقط فلا يقضي بها إذا عاد إلى محل ولايته جزماً .

خامساً : أن يكون القاضيان في محل ولايتهما ، بأن وقف كلّ واحد منهما في طرف ولايته فقال قاضي بلد الحاضر - وهو في طرف ولايته - لقاضي بلد الغائب في طرف ولايته : حكمتُ بكذا على فلان الذي يبلدك ؛ فإنه يُنفّذه ؛ لأنه أبلغ من الشهادة والكتابة في الاعتماد عليه ، وكذا لو كان في البلد قاضيان وقال أحدهما للآخر : إني

(1) ، (2) مغني المحتاج (ج 4 ص 410) والمجموع (ج 20 ص 165) .

حكمت بكذا فإنه يُخَيِّضُهُ ، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد أو بالعكس ، ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب فأخبر أحدهما الآخر بحكمه أمضاه ؛ لأن القرية محل ولايتهما ، ولو دخل النائب في البلد فقال للقاضي : حكمت بكذا لم يُقْبَل ؛ لأن البلد ليس محلاً لولاية النائب ، ولو قال له القاضي : حكمت بكذا أمضاه إذا عاد إلى قريته وهو حكيم بعلمه ، ولو بعث أحد قاضيي البلد إلى الآخر رسولين عدلين بالحكم قبل ، أما بسماع البينة فلا ، ولا يُقْبَل رسول واحد ، لا بالحكم ولا بالسماع ، ولو قال القاضي في ولايته : حكمت لفلان على فلان بكذا فسمع عدلان ثم شهدا به عند قاضي آخر والخصم حاضر وجب القضاء ⁽¹⁾ .

الدعوى لعين غائبة

إذا ادعى أحد عند قاضي عينا غائبة عن البلد - سواء كانت في محل ولايته أم لا - وكانت العين يؤمن اشتباهاً بغيرها - كعقار وفرس معروفين بالشهرة - فإن القاضي يسمع البينة ويحكم بها ويكتب بذلك إلى قاضي بليد المال (العين الغائبة) ليسلم المدعي ما ادعى به وذلك بعد ثبوت ذلك عنده .

ويعتمد المدعي في دعوى العقار الذي لم يشتهر حدوده الأربعة لتمييز ، على أن يذكر حدوده كلها إذا لم يعلم بأقل منها وإلا اكتفى بما يعلم به منها ويجب ذكر البقعة والسكة وهل هو في أولها أو آخرها أو وسطها وغير ذلك مما يتميز به العقار ، ولا يجب ذكر القيمة لحصول التمييز من غيرها ، هذا إذا توقف التعريف على الحدود ، فلو حصل التعريف باسم قد وضع لها لا يشاركها فيه غيرها كدار الندوة بمكة ؛ فإنه يكفي وقد جزم بذلك الماوردي . ولو ادعى أشجاراً في بستان ؛ فإنه يذكر حدوده التي لا يتميز بدونها وكذا عدد الأشجار ومحلها من البستان وما تتميز به عن غيرها .

ولو كان المدعى به عينا غائبة عن البلد وكانت لا يؤمن اشتباهاً كخير المعروف من الدواب وغيرها ، فالأظهر في المذهب سماع البينة على صفتها مع غيبتها ، وفي قول الشافعية الثاني : عدم الجواز ؛ لأن الصفات تشابه .

على أن المدعي يبالغ في استقصاء الوصف للمدعى به المثلي قدر ما يمكنه ، وذلك على الأظهر من المذهب ويذكر القيمة في المتقوم ، والأظهر أنه إذا سمع بيعة الصفة لا

(1) الأنوار (ج 2 ص 641) ومغني المحتاج (ج 4 ص 411) .

يحكم بها ؛ لأن الحكم بعيدٌ مع خطر الاشتباه والجهالة ، والحاجة تندفع بسماع البينة والمكاتبة بها ، وذلك على الأظهر من قولهم ، وفي قولهم الثاني : يحكم ولا نَظَر إلى الاشتباه . وعلى الأظهر فإنه لا يحكم بها بل يكتب إلى قاضي بلد المال بما شهدت به تلك البينة فيُنزِع القاضي (المكتوب إليه) المدعى به من يد المدعى عليه إذا وجده بالصفة التي تضمنها الكتاب ويبعثه إلى القاضي الكاتب ليشهد الشهود أولاً على عين المدعى به فيحصل اليقين ، والأظهر أن المكتوب إليه يسلمه إلى المدعى بعد تحليفه أن المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي ، ويجب أن يكون التسليم بكفيل بيد المدعى احتياطاً للمدعى عليه حتى إذا لم تعينه البينة طوّل برّده (المدعى به) ، وقيل : لا يكلفه يده بل يكلفه بقيمة المال ⁽¹⁾ .

ويسن أن يختم على العين المدعى بها حين تسليمها بختم لازم ؛ كيلا تبدّل بما يقع به اللبس على الشهود ، والختم مستحبٌ والمقصود منه عدم تبديل العين المأخوذة ، فإذا ذهب الشهود إلى القاضي الكاتب وشهدوا عنده بعين المدعى به حكم للمدعى وسلمه إليه وكتب إلى قاضي بلد المال ببراءة الكفيل ولا يحتاج إلى إرساله مرة ثانية ، وإذا لم يشهدوا على عينه فعلى المدعى مؤنة الردّ للمدعى به وإحضاره إلى مكانه ؛ لأنه (المدعى) متعذّر ، ولو كان المدعى به عيئاً غائبة عن مجلس الحكم لا عن البلد أَمَرَ القاضي الخصم بإحضار ما يمكن إحضاره ليشهدوا عليها لتيسر ذلك ، والفرق بين الغائب عن مجلس الحكم والبلد هو بُعد المسافة وكثرة المشقة ، أما ما لا يمكن إحضاره كالعقار فيجده المدعى (بين حدوده) ويُقيم البينة بتلك الحدود ، فإن قال الشهود : نعرف العقار بعينه ، ولا نعرف الحدود ، فعلى القاضي أن يبحث من يسمع البينة على عين العقار أو يُحْضَر بنفسه ، هذا إذا لم يكن العقار مشهوراً بالبلد وإلا لم يحقّج إلى تحديده .

وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل ، أو ما أثبت في الأرض أو ركز في الجدار وترُئِب على قلعه ضررٌ فهو كالعقار ⁽²⁾ .

ولا تُشْتَع شهادة بصفة لعين غائبة عن مجلس الحكم وإن شُيعت الدعوى بها ؛ وذلك لأن سماع الدعوى بها حال غيبتها عن البلد إنما جاز للحاجة ، وهي (الحاجة) هنا متفيةً مطلقاً لا تُشْتَع الدعوى في غيبة المدعى عليه عن المجلس وليس البلد ، بل إن

(1) مضي المحتاج (ج 4 ص 412) والأنوار (ج 2 ص 645) .

(2) مضي المحتاج (ج 4 ص 412 - 413) والأنوار (ج 2 ص 646) .

كان الخصم حاضراً فإنه يؤمر بإحضار العين (المدعى به) ليقيم البينة على عينها إن أقر باشتغال يده عليها وحيث امتنعت الشهادة بالوصف امتنع الحكم ، وإذا وجب إحضار الشيء المدعى به ولا بينة لدعيه فقال المدعى عليه : ليس بيدي عين بهذه الصفة فإنه يُصدَّق بيمينه على حسب جوابه ثم بعد خليفه يجوز للمدعي دعوى القيمة لاحتمال أن العين قد هلكت (1) .

فإن تكلم المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعي أو لم يتكلم عن اليمين بل أقام بينة حين إنكار المدعى عليه بأن العين الموصوفة كانت بيده (المدعى عليه) فإنه يكلف بإحضار المدعى به ليشهد الشهود على عينه ، وإن امتنع من غير غدير ظاهر محس من أجل الإحضار ؛ لأنه امتنع من حق واجب عليه ، ولا يُطلق من الحبس إلا بإحضار المدعى به ؛ لأنه عين ما محس عليه ، ويُطلق أيضاً بدعوى تلف المدعى به فيصدق بيمينه ؛ لأنه قد يكون صادقاً ولأنه لو لم يُقبل قوله لظلّ مخلطاً في الحبس (2) .

سماع البينة على الغائب

تُسمع البينة على الغائب ويُحكم عليه بموجبه ، ويُراد بالغائب هنا من كان بمسافة بعيدة وهي (المسافة) التي لا يرجع منها مُبَكَّر إلى موضعه الذي بُكِّر منه ليلاً (أوائل الليل) وذلك بعد فراغ المحاكم ؛ وذلك لما في إيجاب الحضور على الغائب من المشقة الحاصلة بمفارقة أهل والوطن في الليل .

وقيل : هي مسافة القصر ؛ لأن الشارع اعتبرها في مواضع فما دونها يكون في حكم الحاضر ، ومن كان بمسافة قريبة - وهي دون البعيدة بوجهيها - فحكمه حكم الحاضر في البلد فلا تُسمع البينة عليه ولا يُحكم عليه بغير حضوره إلا إذا توارى عن الحضور أو تعزَّر فعجز القاضي عندئذ عن إحضاره بنفسه وبأعوان السلطان فُسمع البينة حينئذ في حقه ويُحكم عليه بغير حضوره وبغير نصب وكيل يُنكر عنه ؛ وذلك لتعذر الوصول إليه كالغائب ، وإلا لكان الناس قد تذرَّعوا لإبطال الحق (3) .

هذا كله إذا كان الخصم الخارج عن البلد (الغائب) في محل ولاية القاضي ، أما إن كان خارجاً عنها فالبعث والقرب يستويان فيجوز أن تُسمع الدعوى عليه ويُحكم

(1) معني المحتاج (ج 4 ص 413) والأنوار (ج 2 ص 646) .

(3) معني المحتاج (ج 4 ص 414 - 415) والأنوار (ج 4 ص 647) والمجموع (ج 20 ص 163 - 164) .

ويكتأب كما قاله الماوردي وغيره (1) .

وقالوا : إن القضاء على غائب في عقوبة لآدمي كالتقصاص وحّد القذف جائز على الأظهر أو المشهور ؛ لأن هذا حقّ آدمي فأشبه المال ، ويمتنع القضاء على الغائب في حدّ من حدود الله أو تعزير من تعزيراته ؛ لأن حقّ الله تعالى مبنيّ على المسامحة والدرء لاستغنائه سبحانه وتعالى بخلاف حقّ الآدمي فإنه مبنيّ على التضييق لاحتياجه (الآدمي) . وفي قول الشافعية الثاني : يمتنع القضاء على الغائب في عقوبة مطلقاً ؛ لأن ذلك مما لا ينبغي السعي في توسيعه .

وفي قول لهم ثالث : يجوز القضاء في العقوبات على الغائب مطلقاً كالأموال ، أما ما اجتمع فيه حقّ لله ولآدمي كالشرقة فإنه يُقضى فيها بالمال على الغائب دون القطع ، وحقوق الله المالية كحقّ الآدمي ؛ وذلك بناءً على اعتماد القول الأول وهو الأظهر والمشهور في المذهب (2) .

ولو سمع قاض بينة على غائب فقديّم ، أو على صبيّ فبلغ عاقلاً ، أو على مجنون فأفاق فكان ذلك (القدوم والبلوغ والإفاقة) قبل الحكم فلا يجب عليه أن يستعيد سماع البينة ، وذلك بخلاف شهود الأصل إذا حضروا بعد شهادة الفرع - وكان ذلك قبل الحكم - فإنه لا يقضي بشهادتهم ؛ لأنهم بدّل ولا حكم للبدل مع وجود الأصل .

ولو مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب إليه أن يتّصل الكاتب وأن يعمل به ؛ لأنه إن كان الكاتب بما يحكم به فقد وجب تنقيذه في كل حال على كل من بلغه ، وكذلك إن كان الكاتب بما ثبت عنده ؛ فالكاتب كشاهد الأصل ، وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموث شاهد الأصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع ، ولو فسق القاضي الكاتب ثم وصل كتابه فإن كان ذلك فيما يحكم به فإن فشقه لا يؤثر ؛ لأن الحكم لا يتطلّل بالفسق الحادث بعده . وإن كان فيما ثبت عنده لم يجوز الحكم به ؛ لأنه كشاهد الأصل ، وشاهد الأصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع ، ولو مات القاضي المكتوب إليه أو عزل أو وُلّي غيره قبل الكتاب ؛ لأن المعول في ذلك على ما تحفظه شهود الكتاب وتحملوه ، ومن تحمل شهادة فقد وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته (3) .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 415) والأنوار (ج 4 ص 647) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 415) والأنوار (ج 2 ص 644) .

(3) المجموع (ج 20 ص 164 ، 165) .

ولو غُزِلَ قاضٍ بعد سماع بينة ثم وَلِيَ القضاء ثانية فإنه لا اعتبار لسماعه السابق ، وعلى هذا تجب الاستعادة قطعاً ولا يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل .
أما لو خرج القاضي عن محل ولايته ثم عاد فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح في مذهب الشافعية ؛ وذلك لبقاء ولايته ⁽¹⁾ .

استعداد القاضي على حاضر

الاستعداد : هو طلب القُدْوَى ، ويراد بالعدوى هنا : طلبك إلى والٍ ليُعِدِّيك على مَنْ ظلمك أي يَتَّقِمَ منه ، يقال : اشتدَّيث الأمير على فلان فأعداني ، أي اشتغنت به عليه فأعاني ، والاسم منه (القُدْوَى) وهي المَعُونَةُ ⁽²⁾ .

ولو اشتدَّي (مبني للمجهول) القاضي على خصمٍ صالحٍ لسماع الدعوى والجواب عنها وهو (الخصم) حاضرٌ بالبلد ، فطلب المستدعي من القاضي إحضاره ولم يعرف القاضي كذب المستدعي فقد وجب إحضاره ؛ إقامة لشعار الأحكام ويلزم المستدعي عليه الحضور رعايةً لاعتبار القضاء . وقيل : إذا استحضره القاضي وجب عليه الإجابة إلا أن يُوكَّلَ بقضاء الحق إلى الطالب ، وقيل : يحضر القاضي ذَوِي المروءات في داره وليس في مجلس الحكم ، والمذهب أنه لا قَوْق في ذلك بين ذَوِي المروءات وغيرهم .

وعلى هذا يُحْضِرُ القاضي الخصمَ المطلوب إحضاره لمجلس الحكم وذلك بدفعٍ مختمٍ للمدعي يَغْرِضُهُ على الخصم وليكن نقشُ المختم هو : أجب القاضي فلاناً ، وكان هذا من قَبْلِ عادة قضاة السلف ثم هجروا ذلك واستعاضوا عنه بالكتابة في الكاغِد ⁽³⁾ ، وهذا أفضل .

وإذا لم يستجب الخصم للحضور أحضره القاضي بأعوانٍ له يأخذون على ذلك مرتباً أو أجره ؛ وذلك صيانةً للحقوق من التضييع ، ومؤنة الأعوان تكون على الطالب إن لم يُؤزَّقُوا من بيت المال ، ويُسمَّى الأعوان في زماننا هذا يمساكِر الشرطة وهم الذين يُنَاطُ بهم ترسيخ الأمن وتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن القضاة والحكام إذا تردَّدَ المحكومون في أمضائها ، وكذا يُنَاطُ بهم إحضارُ المتهمين والمطلوبين لمجالس القضاء ، فإن امتنع المطلوب من الحضور بلا عذر أو كان امتناعه بسوء أدب ، بأن كسَّر الحَتَمَ ونحو ذلك ؛ فقد وجب على القاضي

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 415) والأنوار (ج 2 ص 649) .

(2) انظر مختار الصحاح (ص 419) .

(3) الكاغِد : القُرطاس وهو شُرْب ، انظر القاموس المحيط (ج 1 ص 345) .

أن يُحضِّره بأعوان السلطان وعليه حينئذ مؤنتهم ؛ وذلك لامتناع المطلوب عن الحضور ، وللقاضي أن يُعزِّرَ المطلوب بما يراه من العقوبة كالضرب أو الحبس ، أو غير ذلك مما يلائم الممتنع من الحضور ، وللقاضي أيضًا أن يعفو عنه إن رأى ذلك ⁽¹⁾ ، ولو احتفى للمطلوب أمر القاضي بأن ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاثة أيام فإنه سيُسَرَّ بآته ⁽²⁾ أو يختم عليه ، فإن لم يحضر بعد الثلاثة أيام سُرَّ بآته أو ختم عليه ، وذلك إذا تفرَّز عند القاضي أن هذه دار المطلوب ، ولا ينبغي رفع المسمار ولا الحتم إلا بعد فراغ الحكم .

على أن التسميز أو الحتم بأمر بهما القاضي إذا كان لا يأوي الدار غير المطلوب وإلا فلا سبيل إلى ذلك ولا إلى إخراج من في الدار ، وإذا عرف القاضي موضع المطلوب بعث إليه النساء ثم الصبيان ثم الخيضان ، فيتجهجون على الدار ويُقَشِّشْنَ على المطلوب ويبعث القاضي معهن عدلين ، فإذا دخلوا الدار وقف الرجال في الصُّنْحِ وأخذ غيرهم في التفتيش ، قال الماوردي : إذا تعذَّرَ حضور المطلوب بعد هذه الأحوال حَكَمَ القاضي بالبيئة ، على أن امتناعه من الحضور يُعْجَلُ كالنكول في ردِّه اليمين على الراجح في مذهب الشافعية ، إلا أنه لا يحكم عليه بذلك إلا بعد إعادة النداء على بابه ثانياً بأنه يُخَكَّمُ عليه بالنكول ، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حَكَمَ بنكوله ، وإن امتنع من الحضور لعذر كخوفه من ظالم أو لمرضه أو حبسه بعث إليه القاضي نائبه ليحكم بينه وبين خصمه ، أو يُوكَّلَ المَعْدُورُ من يخاصم عنه ويبعث القاضي إليه من يُخَلِّفُهُ إن وجب تحليفه ⁽³⁾ .

استعداد القاضي على غائب

لو كان الاستعداد على خصم غائب في غير محل ولايته فليس له أن يُحضِّره ؛ لأنه لا ولاية له عليه ، ولو استحضره لم يلزم القاضي الإجابة بل يسمع الدعوى والبيئة ثم إن شاء أنهى السماع وإن شاء حكم بعد تحليف المدعي على ما بيناه سابقاً .

أما لو كان الاستعداد على غائب في محل ولاية القاضي ، وله هناك نائب فلا يجب إحضاره ؛ لما في إحضاره من المشقة مع وجود النائب هناك ، بل يسمع القاضي البيئة على ذلك ويكتب بسماعها إلى نائبه ليحكم بها ؛ لأن الفصل بهذا الطريق ممكن فلا يُكَلَّفُ الغائب الحضور .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 416) والأنوار (ج 2 ص 647) .

(2) يُسَرَّ بآته : أي يُشَدُّ ، والسماز ما يُشَدُّ به ، وجمعه : مسامير انظر القاموس المحيط (ج 2 ص 53) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 416) والأنوار (ج 2 ص 646 ، 647) .

وإذا لم يكن للقاضي هناك نائب فالأصح أن يحضره من مسافة العدوى فقط لكن بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها ، ومسافة العدوى هي التي يرجع منها مبكراً إلى موضعه ليلاً وهو ما بيناه سابقاً ، وسميت العدوى بذلك من التعدية والاستعداد ، فإن القاضي يُعَدِّي لمن طلب خصماً منها لإحضار خصمه فيقويه أو يعينه على الانتقام أو الأخذ له ، والعدوى يُراد بها في اللغة المعونة .

وفي قولهم الثاني : إن كان ذلك دون مسافة القصر أحضره القاضي وإلا فلا يحضره ؛ لأن ما دون مسافة القصر له حكم الحاضر في مسائل كثيرة .

وفي قولهم الثالث : يحضره وإن بعدت المسافة ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) قد استدعى المغيرة بن شعبة في قضية من البصرة إلى المدينة ولما يتخذ السفر ذريعة لإبطال الحقوق ، والصواب الأول ، وليس في قضية عمر أنه أحضره بغير اختياره ، ولما في ذلك من المشقة في إحضاره (1) .

على أن إحضار الخصم الغائب يأمر به القاضي إذا لم يكن هناك نائب ، ولم يكن ثمة من يتوسط أو يُمَصِّح بينهما ، فإن كان ، فليس للقاضي أن يحضره بل يكتب إليه من أجل التوسط والإصلاح بينهما (2) .

عدم إحضار المخدرة

المخدرة من الخنزير - بكسر الحاء - وهو الشتر ، وجارية مخدرة إذا لزم الخنزير ، أي الشتر (3) ، ويُراد بالمخدرة هنا التي لا يكثر خروجها لحاجات متكررة كشراء خبز ونحوه أو بيع صوف ونحوه ، أي التي لم تخرج أصلاً إلا لضرورة ، أو لم تخرج إلا قليلاً لحاجة كزيارة وعزاء ونحوهما .

إذا استبان هذا فإن المخدرة الحاضرة لا تحضر للدعوى على الأصح ، أي لا تُكَلَّف الحضور إلى مجلس الحكم ؛ صرفاً للمشقة عنها ، كالمرضى .

وكذلك لا تُكَلَّف المخدرة الحاضرة للتحليف إن لم يكن في اليمين تغليظ بالمكان (4) ، أما إن كان في اليمين تغليظ بالمكان أُحضرت على الأصح ، على أن المخدرة تُؤَكَّل عن

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 417) والأنوار (ج 2 ص 647 ، 648) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 417) .

(3) انظر مختار الصحاح (ص 170) .

(4) يراد بالمكان في تغليظ اليمين كونه (المكان) ذا قدسية خاصة كقبة .

نفسها من يحضر مجلس الحكم ، أو يبعث القاضي إليها نائبه فتجيب من وراء السترة إن اعترف الخصم أنها هي ، أو شهد اثنان من محارمها أنها هي ، وإلا تَلَفَّتْ بنحو ملحفة وخرجت من السترة إلى مجلس الحكم وعند الحلف تحلف في مكانها .

أما غير المخدرة ، فهي البرزّة - بفتح الباء - وهي الظاهرة التي يكثر خروجها لحاجات متكررة فإن هذه يُخْضِرُها القاضي لكن يبعث إليها محرماً أو نسوة يُقَاتِبُ لتخرج معهم بشرط أثني الطريق .

على أن المرأة لو كانت برزّة ثم لزمّت التخلُّصَ فحكمها حكمُ الفاسق يتوب ، فلا بد من مضي سنة في قول ، أو ستة أشهر في قول آخر ⁽¹⁾ .

آداب القاضي

آداب : بجمع ، ومفرده : أدب ، وهو ما استحسن شرعاً - سواء كان واجباً أو مندوباً - أو هو المطلوب من القاضي شرعاً وجوباً أو ندباً ⁽²⁾ .

وآداب القاضي كثيرة ، وهي مستوفاة على نحوٍ مجمل وشامل في كتاب عمر (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري ، وهذه هي وصيته :

أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ؛ فافهم إذا أدلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلمٌ بحق لا نفاد له ، وآس بين الناس في وجهك وعذلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في خيفتك ولا يأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ولا يمنعك قضاء قضيتته أسير فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

الفهم الفهم فيما تكلِّجُ في صدرك مما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه ، ثم اعرف الأمثال والأمثال وقس الأمور بنظائرها واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمدّاً ينتهي إليه ، فمن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلا استحللت القضية عليه ، فإن ذلك أنفى للشك وأجلى للعتى .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 417) والأنوار (ج 2 ص 648) والمجموع (ج 20 ص 154 - 156) .

(2) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 491) .

والمسلمون عُذُولٌ بعضهم على بعض إلا مجلودًا في حَدٍّ أو مجزوءًا عليه شهادة زورٍ أو ظَنِينًا في ولاء أو نسب ، فإن الله عفا عن الأيمان وكذراً بالبينات .

وإياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم ؛ فإن الحق في مواطن الحق يُعْظِمُ الله به الأجر ويُجسِّن به الذكر ، وإن مَنْ يُخْلِص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يَكْفِيه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ، ومن يتزَيَّن للناس بما يعلم الله منه خلافه شَانَهُ الله عز وجل ؛ فإنه سبحانه وتعالى لا يَقْبَلُ من العبادة إلا ما كان خالصًا فما ظَنُّكَ بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائِن رحمته والسلام ⁽¹⁾ .

من هذه الوصية الجامعة الشاملة يُستفاد جملة آداب يتحلَّى بها القاضي ليجيء حكمه بين المتخاصمين سليمًا من الزلل والتهمة ، وهذه هي الآداب نعرض لها في هذا التفصيل :
أولاً : أن يكون القاضي عند الخصومة فهِمًا - بكسر الهاء - إذ يجعل فهمه وسمعه وقلبه إلى كلام الخصمين ليحجي وعيا تأمًا ما يقولانه .

وفي هذا يقول عمر (رضي الله عنه) : فافهم إذا أذلي إليك ، ولأنه ربما كان الحق مع أحد الخصمين فإذا لم يفهم القاضي كلامهما وقع في التفریط والغفلة ، وضاع الحق ⁽²⁾ .
ثانيًا : أن لا يكون القاضي قلقًا وقتَ القضاء بل يُنْذِب له أن يكون عند القضاء ساكن القلب مطمئن النفس ليس مشغولًا بشيء غير متعلِّق بالمسألة التي بين يديه ؛ وذلك كيما يأتي حكمه غير مضطرب ولا مجانبًا للصواب ، وفي هذا يقول عمر (رضي الله عنه) : « وإياك والقلق » ⁽³⁾ .

ثالثًا : التثبت في الحكم ، فلا يُعْجَل في قضائه فيُضِلُّ أو يَؤَلِّ وإِنما يتحلَّى بالتثبت والوعى وليكن منهجه في ذلك الأناة والحِلْمُ والضبط ، قال سبحانه وتعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنَايَةٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِمَهْلِكِهِمْ فَتُصِيبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ تَلَاحِيًا ۖ ﴾ ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ قال : « الثاني من

(1) الأحكام السلطانية (ص 71 ، 72) والبدائع (ج 7 ص 9) والدارقطني (ج 4 ص 206) .

(2) البدائع (ج 7 ص 9) والألوار (ج 2 ص 601) .

(3) البدائع (ج 7 ص 9) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 492) وأسهل المدارك (ج 3 ص 200) .

(4) الحجرات الآية (6) .

الله والعَجَلَةُ مِنَ الشَّيْطَانِ » (1) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : قال النبي ﷺ : « إذا تَأَثَّبْتَ - وفي رواية : إذا تَبَيَّنَتْ - أَصَبْتَ أو كَذَبْتَ تصيب ، وإذا استعجلتْ أخطأت أو كَذَبْتَ تُخطئ » (2) .

وكذلك أخرج البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن النبي ﷺ قال للأشج أشج عبد القيس : « إن فيك لختين يُجِيبُهما الله : الحِلْمُ والأَنَاة » .

وفي رواية له عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) أنَّ وَقَدْ عبد القيس لما قَدِمُوا على رسول الله ﷺ قال لأشج عبد القيس : « إن فيك خَصْلَتَيْنِ يجِبُهما الله (عز وجل) ورسولُهُ : الحِلْمُ والأَنَاة » (3) .

وأما : أن لا يكون القاضي ضَجِيزاً ، وذلك إذا اجتمعت عليه الأمور والقضايا فعال (4) صَبْرُهُ وضاق صدرُهُ فضجر أو تسخط ، وهو في مثل هذه الحال يُوشِك أن لا يقضي بالحق ، وفي هذا يقول عمر (رضي الله عنه) : « إياك والضُّجْر » (5) .

خامساً : أن لا يكون القاضي وَقْبَ القضاء غَضْبَان ، سواء كان غضبه من أجل نفسه أو كان لله ، على المعتمد ؛ لأنَّ الحذور هو تشويشُ الفكر ولا يختلف ذلك بسبب الغضب ، والغضب هو ثورانُ الدم في القلب لإرادة الانتقام لسبب أثار في النفس التآزُّم والهيجان ، وفي مثل هذه الحال من التأثير والانفعال يختل إدراك الإنسان وفكره ويضطرب فيه ميزانه وأعصابه فيوشِك أن لا يقضي بالحق ، وفي هذا أخرج الترمذي عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال : كتب أبي إلى عبيد الله بن أبي بكرة وهو قاض : أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يَحْكُمُ الحاكم بين اثنين وهو غضبان » (6) .

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : جاء رجلٌ إلى النبي ﷺ فقال : أوصني ، قال : « لا تَغْضَبْ » فتردُّ إليه مراراً لا يزيد على أن يقول : « لا تغضب » (7) .

(1 - 3) البيهقي (ج 10 ص 104) .

(4) حال صَبْرِهِ : أي تحلب ، وعال الأمر إذا اشتد وتفاقم ، انظر مختار الصحاح (ص 463) .

(5) البدائع (ج 7 ص 9) وأسهل المذكر (ج 3 ص 201) .

(6) الترمذي (ج 3 ص 620) .

(7) البيهقي (ج 10 ص 105) .

على أن القاضي لو قضى حال غضبه نفذ قضاؤه على الكراهة ، وتنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال ، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة ، يُستثنى من ذلك قضاء الرسول ﷺ حال غضبه ، فإن من خصائصه (عليه الصلاة والسلام) أنه لا يُكره له القضاء حال غضبه ؛ لأنه لا يقول في الغضب إلا كما يقول في الرضا ؛ لكونه معصوماً ⁽¹⁾ يدل على ذلك ما أخرجه البيهقي عن عروة بن الزبير قال : خاصم الزبير (رضي الله عنه) رجلاً من الأنصار في شرح الحرة ، فقال النبي ﷺ : « اشقي يا زبير ثم أُرسل الماء إلى جارك » ، فقال الأنصاري : يا رسول الله إن كان ابن عمك ، فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال : « اشقي يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الماء إلى الجدر ثم أرسل إلى جارك » قال : واستوعب رسول الله ﷺ للزبير حقه في صريح الحكم حين أخفطه (أغضبه) الأنصاري ، قال الزبير : فما أحسب هذه الآية نزلت إلا في ذلك ﴿ فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمَا ﴾ ⁽²⁾ .

سادساً : أن لا يقضي وهو جائع أو عطشان أو ممتلئ ، فإن مثل هذه العوارض مما يشغل القلب والدهرن عن الحق ، وهي حالات تغتور النفس فتثير فيها التأزم والضعف والإحساس بالضيق فلا يؤتمن مع ذلك على النفس أن تهتج بصاحبها للباطل ومجانبة الحق في الحكم ⁽³⁾ .

وفي هذا أخرج البيهقي عن أبي سعيد الخدري (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يَقْضِي القاضي إلا وهو شبعان زَيَّان » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي عن شريح أنه كان إذا غَضِبَ أو جاع قام فلم يَقْضِ بين أحد ⁽⁵⁾ .

سابعاً : أن لا يدافع الأخبثين ، وهما البول والغائط ، فإن من كان حاقناً أو اغترته حاجة لحاجة للتغوط ، لا ينبغي أن يحكم بين الناس ؛ لأنه في مثل هذه الحال يوشك أن لا يقضي بالحق لما يجده من مضايقة واكتراب .

وكذلك الثعاس والحزن والفرح الشديد ؛ فإن هذه العوارض تغلب على الإنسان

(1) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 492) والمجموع (ج 20 ص 131) والبدائع (ج 7 ص 9) وأسهل المدارك (ج 3 ص 200) .

(2) البيهقي (ج 10 ص 106) سورة النساء الآية (65) .

(3) البدائع (ج 7 ص 9) وأسهل المدارك (ج 3 ص 200) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 492) .

(4) (5) البيهقي (ج 10 ص 106) .

يُثْقَلُهَا وتأثيرها فتמיד به إرادته وتضطرب قواه فلا يقضي حينئذ عن تثبُّت أو ضبط أو اتزان ، وفي ذلك من مجانبة الحق ما لا يخفى (1) .

ثامناً : أن لا يقضي إلا وهو جالس ، فلا ينبغي له أن يقضي وهو يمشي على الأرض أو يسير على الدابة ؛ لأنه - إذ ذاك - غير معتدل الحال ، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ، ولأن ذلك يشغله عن النظر في الأحكام والتأمل في كلام الخصمين ، ولا بأس في قضائه وهو مُتَكَيِّئ ؛ لأن الاتكاء فيه استقرار للبدن والنفس فهو لا يؤثر في التأمل والنظر (2) .

ثامساً : التسوية بين الخصمين وذلك في وجوه الإكرام وإن اختلفا شرفاً ، وذلك كالقيام لهما والنظر إليهما ، وكذا الدخول عليه منهما فلا يأذن لأحدهما دون الآخر ، وكذا الاستماع لكل منهما ، وطلاقة الوجه لهما وجواب سلام منهما إن سلما معاً ، فلو سلم أحدهما فلا بأس أن يقول للآخر : سلم أو يصبر حتى يُسَلِّم فيجيبهما جميعاً .

وكذلك يسوي بينهما القاضي في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره ؛ لأنه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه ، وكذلك لا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره ؛ لأن لليمين فضلاً على اليسار (3) ويُؤَيِّد ذلك ما أخرجه البيهقي عن عبد الله بن الزبير قال : قضى رسول الله ﷺ « أن الخصمين يُقْعَدَانِ بين يَدَيِ الحاكم » (4) .

وأخرج البيهقي أيضاً عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليقبل بينهم في لحظه وإشارته ومقْعِدِهِ » (5) .

وأخرج البيهقي كذلك عن يزيد بن أبيهم قال : كتب عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى الناس : اجعلوا الناس عندكم في الحق سواء قريبهم كبعيدهم وبعيدهم كقريبهم ، وإياكم والرؤسا والحكم بالهوى وأن تأخذوا الناس عند الغضب فقوموا بالحق ولو ساعة من نهار (6) .

وكذلك قال عمر (رضي الله عنه) : آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك

(1) المجموع (ج 20 ص 131) وأسهل المدارك (ج 3 ص 200) .

(2) البدائع (ج 7 ص 9) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 271) .

(3) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 493) والبدائع (ج 7 ص 9) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2

ص 336) والمجموع (ج 20 ص 152) . (4 - 6) البيهقي (ج 10 ص 135) .

حتى لا يَطْمَع شريف في خيفك (1) .

وكذلك أخرج البيهقي عن الشعبي قال : كان بين عمر بن الخطاب وبين أبي بن كعب (رضي الله عنهما) تداري في شيء ، وأدعى أبي على عمر (رضي الله عنهما) فأنكر ذلك فجعل بينهما زيد بن ثابت فأتياه في منزله فلما دخلا عليه قال له عمر (رضي الله عنه) : أئيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم فوسّع له زيد عن صدر فراشه فقال : مهنا يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر (رضي الله عنه) : لقد جُزئت في القُتيا ولكن أجلس مع خصمي ، فجلسا بين يديه ، فأدعى أبي وأنكر عمر (رضي الله عنهما) فقال زيد لأبي : أغفب أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لأسألكها لأحد غيره ، فخلف عمر (رضي الله عنه) ثم أقسم لا يدرك زيد بن ثابت القضاء حتى يكون عمر ورجل من غرض المسلمين عنده سواء (2) .

ولو كان أحد الخصمين مسلماً والآخر كافراً ففي التسوية بينهما وجهان :

أحدهما : وجوب التسوية بين المسلم والكافر في مجلس الحكم مثلما يُستوى بينهما في الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما ؛ وذلك لأن التسوية بين الخصوم لدى الحكم من العدل ، وهو واجب ، وهو قول الحنفية والمالكية ، وكذا الشافعية في أحد قوليهما (3) .

ثانيهما : عدم التسوية ، وهو القول الثاني للشافعية ؛ إذ قالوا يرفع المسلم على الذمي في المجلس (4) ؛ وذلك لما رواه البيهقي عن الشعبي قال : خرج علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعاً ، فعزف علي (رضي الله عنه) الدرع فقال : هذه درعي ؛ بيني وبينك قاضي المسلمين ، وكان قاضي المسلمين شريح ، كان علي (رضي الله عنه) استقضاه ، فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس علياً (رضي الله عنه) في مجلسه وجلس شريح قدامه إلى جنب النصراني فقال له علي (رضي الله عنه) : أما يا شريح لو كان خصمي مسلماً لقمذت معه مجلس الخصم ، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تصافحوهم ولا تبدؤوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تُصلُّوا عليهم ولجوهم إلى مضايقي الطرق وصغروهم كما صغروهم الله » أقض بيني وبينه يا شريح ، فقال شريح : ما تقول يا أمير المؤمنين ؟ ، فقال علي

(1) الأحكام السلطانية للماوردي (ص 71) - (2) البيهقي (ج 10 ص 136) .

(3) البدائع (ج 7 ص 9) والمجموع (ج 20 ص 152) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 336) .

(4) المجموع (ج 20 ص 152) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 493) .

(رضي الله عنه) : هذه درعي ، ذهبت مني منذ زمان ، فقال شريح : ما تقول يا نصراني ؟ ، فقال النصراني : ما أكذب أمير المؤمنين ، الدرع هي درعي ، فقال شريح : ما أرى أن تخرج من يده فهل من بينة ؟ فقال علي (رضي الله عنه) : صدق شريح ، فقال النصراني : أمّا أنا أشهد أن هذه أحكام الأنبياء ، أمير المؤمنين يحيى إلى قاضيه وقاضيه يقضي عليه ، هي والله يا أمير المؤمنين درعك ابتعتك من الجيش وقد زالت عن جملتك الأوراق فأخذتها فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، فقال علي : أما إذا أسلمت فهي لك ، وحمله على فرس عتيق ، فقال الشعبي : لقد رأيته يقاتل المشركين ⁽¹⁾ .

ومن التسوية كذلك أن يسوي بين الخصمين في النظر والنطق والحلوة ، فلا ينطلق بوجهه إلى أحدهما ، وأن لا يُستأر أحدهما ولا يومئ إلى أحدهما بشيء دون خضّصه ، ولا يرفع صوته على أحدهما ، ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ، ولا يخلو بأحد في منزله ، ولا يُضَيِّف أحدهما ؛ لما في ذلك من إظهار اللبيل ، بل عليه أن يعدل في ذلك كلّ بين الخصمين ⁽²⁾ .

وفي ذلك كله أخرج الدارقطني عن أم سلمة (رضي الله عنها) قالت : قال رسول الله ﷺ : « من ابتلي بالقضاء بين الناس فليُثْبِدْ بينهم في سَلْطَنِهِ ⁽³⁾ وإشارته ومقعده » ⁽⁴⁾ .

وأخرج الدارقطني كذلك عن أم سلمة قالت : قال رسول الله ﷺ : « من ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يَرْفَعَنَّ صوته على أحدِ الخصمين ما لا يرفع على الآخر » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البيهقي عن الحسن قال : حدثنا رجل نزل على علي (رضي الله عنه) بالكوفة فأقام عنده أياماً ثم ذكر خصومة له ، فقال له علي (رضي الله عنه) : تحوّل عن منزلي فإن رسول الله ﷺ « نهى أن ينزل الخصم إلا وخصمه معه » ⁽⁶⁾ .

وكذلك أخرج البيهقي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) قال : « كان النبي ﷺ لا يُضَيِّف الخصم إلا وخصمه معه » ⁽⁷⁾ .

(1) البيهقي (ج 10 ص 136) .

(2) البدائع (ج 7 ص 9) والمجموع (ج 20 ص 153) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 493) وشرح فتح

القدير (ج 7 ص 474 ، 475) وأسهل المدارك (ج 3 ص 201) .

(3) اللَّحْظُ : معناه النظر بموخر العين ، انظر مختار الصحاح (ص 593) .

(4) ، (5) الدارقطني (ج 4 ص 205) . (6) البيهقي (ج 10 ص 137) .

(7) البيهقي (ج 10 ص 138) .

عاشراً : عدم قبول الهدية من أحد الخصمين ، وللعلماء في ذلك تفصيل نعرض له في هذا البيان :

قالت الحنفية : القاضي إن أهذى إليه من كانت له عنده خصومة فإنه يحرم قبولها سواء كان القاضي ممن يُهذى إليه قبل الولاية أم لا ، وسواء كان القاضي في محل ولايته أم لا ، وهو قول الشافعية في الجملة ⁽¹⁾ .

ودليل ذلك ما أخرجه الترمذي عن معاذ بن جبل قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن فلما سرت أرسل في أثرني فوجدت فقال : « أتدري لم بعثت إليك ؟ لا تُصير شيئاً بغير إذني فإنه غُلُولٌ ، ومن يغُلُ يَأْتِ بما غُلٌ يوم القيامة ، لهذا دعوتك فامض لعملك » ⁽²⁾ ، وهذا يدل بعمومه على تحريم الهدايا على القضاة والحكام .

وكذلك أخرج أبو داود عن عدي بن عميرة الكندي أن رسول الله ﷺ قال : « يا أيها الناس من عمل منكم لنا على عمل فكتمنا منه مخيطاً فما فوقه فهو غُلٌ يأتي به يوم القيامة » فقام رجل من الأنصار أسود كأي أنظر إليه فقال : يا رسول الله اقبل عني عملك ، قال : « وما ذاك ؟ » قال : سمعتك تقول كذا وكذا ، قال : « وأنا أقول ذلك ، من استعملناه على عمل فليأت بقليله وكثيره ؛ فما أوتي منه أخذه ، وما نهي عنه انتهى » ⁽³⁾ .

وأخرج البيهقي عن أبي حميد الأنصاري ثم الساعدي أن رسول الله ﷺ استعمل عاملاً على الصدقة فجاءه العامل حين فرغ من عمله فقال : يا رسول الله هذا الذي لكم وهذا الذي أهدي إليّ ، فقال رسول الله ﷺ : « فهلاً فقعدت في بيت أبيك وأُمك فنظرت أهذى لك أم لا ؟ » ثم قام النبي ﷺ عشية على المنبر بعد الصلاة فتشهد وأتى على الله بما هو أهله ثم قال : « أمّا بعد فما بالُ العاملِ نستعمله فيأتينا فيقول : هذا من عملكم وهذا الذي أهدي لي ؛ فهلاً فقعد في بيت أبيه وأُمّه فينظر هل يُهذى له أم لا ؟ والذي نفس محمد بيده لا يُقبل أحدٌ منكم منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يُخيمه على عُقْبِهِ ، إن كان بغيره جاء به له رِغَاءٌ ، وإن كانت بقره جاء بها ولها خَوَازٍ ، وإن كانت شاةً جاء بها تيعر ؛ فقد بُلِّغْتُ » .

قال أبو حميد : ثم رفع النبي ﷺ يديه حتى إننا لننظر إلى عُقْبِهِ بِطَرَفِهِ ، قال أبو حميد :

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 271) ومعني المحتاج (ج 4 ص 392) .

(2) الترمذي (ج 3 ص 621) . (3) أبو داود (ج 3 ص 301) .

قد سمع ذلك معي من رسول الله ﷺ زيد بن ثابت فسئلوه (1).

وأخرج البيهقي عن أبي حريز أن رجلاً كان يهدي إلى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كل سنة فخذ جزوراً، فجاء يخاصم إلى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فقال: يا أمير المؤمنين أقض بيننا قضاءً فضلاً كما تفصل الفخذ من الجزور، فكتب عمر ابن الخطاب (رضي الله عنه) إلى عماله: لا تقبلوا الهدى فإنها رشوة (2).

وأخرج البيهقي عن مالك قال: أهدى رجل من أصحاب رسول الله ﷺ - وكان من عمال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) - ثمرتين لامرأة عمر (رضي الله عنه) فدخل عمر فرأهما فقال: من أين لك هاتين اثرتيهما؟ أخبريني ولا تكذبي، قالت: بعث بهما إلي فلان، فقال: قاتل الله فلاناً إذا أراد حاجة فلم يستطيعها من قبلي أتاني من قتل أهلي، فاجتهدما اجتهداً شديداً من تحت من كان عليهما جالسا، فخرج يحملهما فتبعته جاريتهما فقال: إن صوفهما لنا ففتقهما وطرح إليهما الصوف وخرج بهما فأعطى إحداهما امرأة من المهاجرات، وأعطى الأخرى امرأة من الأنصار (3).

أما إذا لم يكن للمهدي خصومة، فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي للقاضي أن يقبل، وإن كان للمهدي عادة بذلك جاز إهداؤه بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء، فإن زاد لا يقبل الزيادة إلا أن يكون مال المهدي قد زاد؛ وتكون الزيادة في الهدية بقدر الزيادة في المال.

وهذا يقتضي عدم قبول الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره. فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل (4)، وهو قول الشافعية في الجملة أيضاً؛ إذ قالوا: القاضي إذا أهدى إليه من ليست له عنده خصومة فإنه يحرم عليه قبولها؛ لأن الهدية سببها هنا العمل (كون المهدي إليه عاملاً) في الظاهر، وعلى هذا لا يملك القاضي ما يهدي إليه في الصورتين، ولو قبلها لزمه ردّها على مالكيها، فإن تعدّر ذلك وضعها في بيت المال.

ويستثنى من ذلك هدية الأتباع؛ إذ لا يتخذ حكمه لهم؛ لأن من شرط المقضي له أن لا يكون من فروع القاضي ولا من أصوله وقد بيناه سابقاً، فإن كان يهدي إليه منهم

(1 - 3) البيهقي (ج 10 ص 138).

(4) شرح فتح القدير (ج 7 ص 271) والبدائع (ج 7 ص 9، 10).

(الأبغاض) قبل ولايته والحال أنه لا خصومة له جاز قبول الهدية إن كانت الهدية بقدر العادة السابقة لولاية القضاء في صفة الهدية وقدرها ، وذلك لخروجها حيثئذ عن سبب الولاية فانتفت التهمة ، لكن الأولى أنه إن قبلها أن يردّها أو يئيب عليها أو يضعها في بيت المال ؛ لأن ذلك أبعد عن التهمة ، ولأن النبي ﷺ كان يقبلها ويئيب عليها .
أما إذا زادت على المعتاد فثمة تفصيل :

فقد قيل : حرم الجميع ، أي أصل الهدية وما زاد عليها مما ليس معتاداً ، وقيل : إن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها لدخولها في المالكوف ، وإن لم تكن من جنسها لم يجز القبول ، وقيل : إن لم تتميز الزيادة بجنس أو قدر حرم قبول الجميع ، وإلا حرمت الزيادة فقط ؛ لأنها حدثت حال الولاية .

وإن كانت الزيادة من حيث المعنى كما لو أهدى من عادته إهداء القطن حريراً فإنه يحرم في الجميع إن كان للزيادة وقع في نفس المهدي إليه وإلا فلا عبرة بها ، والضيافة والهبة كالهديّة ، وكذا الصدقة والزكاة إن لم يتعين الدفع إليه ⁽¹⁾ .

وخلاصة القول : أن الهدية يحرم على القاضي أخذها في الجملة ، سواء كان ذلك قبل الخصومة أو في حينها ، قبل تولّي القضاء أو بعد تولّيه ، فإن الهدية من الخصم للقاضي إنما هي بمعنى الرشوة ، والرشوة قبولها حرام ، وهي ما يندل للحاكم أو القاضي ليحكم بغير الحق أو ليمتنع من الحكم بالحق ، والفرق بينها وبين الهدية : أن الرشوة يعطيها الراشي للقاضي بشرط أن يمينه ، أما الهدية فلا شرط معها .

وفي تحريم الرشوة أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال : « لمن رسول الله ﷺ الراشي والمرثشي في الحكم » ⁽²⁾ .

وكذلك أخرج أبو داود عن عبد الله بن عمرو قال : « لمن رسول الله ﷺ الراشي والمرثشي » ⁽³⁾ .

وأخرج البيهقي عن مسروق قال : سألت عبد الله - يعني ابن مسعود - عن الشحش فقال : « الرشا » وسأله عن الجور في الحكم فقال : « ذلك الكفر » ⁽⁴⁾ .

وذلك لأن الحكم الذي يأخذ القاضي عليه المال إن كان بغير حق فأخذ المال بمقابلته حرام ،

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 392) .

(2) الترمذي (ج 3 ص 622) .

(3) أبو داود (ج 3 ص 300) .

(4) البيهقي (ج 10 ص 139) .

وإن كان يحق فلا يجوز توقيفه على المال إن كان له (القاضي) رزق في بيت المال (1).

حادي عشر : عدم إجابة الدعوة الخاصة ، فلا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة أما الخاصة فلا ؛ لخطئة التهمة ، وهو قول الحنفية ، واختلفوا في معنى الخاصة والعامة ، فقد قيل : ما دون العشرة خاصة ، والعشرة وما فوقها عامة ، وقيل : الخاصة هي التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يقيمها ، والعامة هي التي يقيمها المضيف سواء حضرها القاضي أو لم يحضرها ، وقيل : العامة كدعوة الفرس والحيتان ، أما ما سواهما فهي خاصة ، وهذا مبني على عادة الناس في ذلك (2) .

أما الشافعية فقالوا : يجوز للقاضي أن يحضر للولائم ، والإجابة إلى وليمة غير العرس مستحبة ، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا دُعي أحدكم إلى طعام ، فليجِبْ ؛ فإن شاء طعم ، وإن شاء لم يطعم » (3) .

أما وليمة العرس ففي حضورها وجهان : أحدهما : أنها فرض عين . وثانيهما : أنها فرض كفاية والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا دُعي أحدكم إلى وليمة عرس فليجِبْ » (4) .

وقالوا : لا يخص في إجابة الوليمة قوماً دون قوم ؛ لأن في تخصيص بعضهم جنوحاً وتزكاً للعدل ، أما إذا كثرت على القاضي الدعوات وشغلته عن الحكم في القضايا والخصومات فعليه عندئذ أن يترك الحضور في الجميع ؛ لأن الإجابة إلى الوليمة إما أن تكون سنة ، أو فرضاً على الكفاية ، أو فرضاً على العين ، ولا يستغنى بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض على القاضي ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديمه (القضاء) (5) .

ويجوز للقاضي أن يهوى المريض الذي لا خصومة له فإن كانت له خصومة فلا يعود ،

(1) مفتي المحتاج (ج 4 ص 392) والمجموع (ج 20 ص 130) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 372) والأحكام السلطانية للماوردي (ص 75) .

(2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 273) والبدائع (ج 7 ص 10) .

(3) الحديث رواه مسلم (2 / 1054) برقم (1430) وأبو داود (2 / 828) برقم (2460) عن جابر . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 94) .

(4) الحديث رواه مسلم (2 / 1052) برقم (1429) (98 في النكاح) وابن ماجه (1 / 616) برقم (1914) عن ابن عمر وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 94) .

(5) المجموع (ج 20 ص 130) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 492) .

ويجوز له كذلك أن يشهد الجنائز ، ولا بأس عليه في ذلك ، وفي ذلك يقول الرسول ﷺ : « حق للمسلم على المسلم ختمش : رد السلام ، وعيادة المريض ، واتباع الجنائز ، وإجابة الدعوة ، وتشميت العطس » (1) .

وفي رواية أخرى عنه (عليه الصلاة والسلام) : « حق المسلم على المسلم ست : إذا لقيته فسلم عليه ، وإذا دعاك فأجبه ، وإذا استنصحك فانصح له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فقهه ، وإذا مات فاتبعه » (2) .

وقد عاد النبي ﷺ سغدا وجابزا ، وعاد غلاما يهوديا في جواره ، وعرض عليه الإسلام فأجاب ، وكان النبي ﷺ يصلي على الجنائز ، ويُلقَى بذلك ما لو أتى لمقدم الغائب كالحاج ، والمسافر لحاجة غير الحج ؛ لأن الزيارة عند ذلك قرينة .

أما إن كثُر ذلك على القاضي فإنه يأتي من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم ، والفرق بين حضور ذلك وحضور الولائم - حيث يثبت أنها إذا كثرت عليه ترك الجميع - أن حضور الولائم لحق أصحابها فإذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل إلى من يحضره ، والحضور في هذه الأشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه (3) .

ثاني عشر : أن لا يُلَقَّن القاضي أحد الخصمين حجة ؛ وذلك لما فيه من انكسار قلب الآخر ولما فيه من إعانة لأحد الخصمين فيوجب ذلك تهمة ، على أنه إن تكلم أحدهما أسكت القاضي الآخر ليثبتم كلام الأول ، وهو قول الحنفية (4) ، وكذا الشافعية في الجملة ؛ إذ قالوا : لا يُسار القاضي أحد الخصمين ولا يلقنه حجة ؛ لما في ذلك من إظهار للميل ، وكذلك لا يأمر أحدهما بإقرار ؛ لأن فيه إضرارا به ولا يأمره بإنكار ؛ لأن فيه إضرارا بخصمه ، وإن ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة ففي تلقينه وجهان :

أحدهما : يجوز تلقينه ؛ لأنه لا ضرر على الآخر في تصحيح دعوى خصمه ، وهو قول الإصطخري .

(1) رواه البخاري (3 / 135) برقم (1240) ومسلم (4 / 1704) برقم (2162) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 577) .

(2) الحديث رواه مسلم (4 / 1705) برقم (2162) (5 في السلام) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 577) .

(3) المجموع (ج 20 ص 130 ، 131) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 273 - 274) . وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 492) والبدائع (ج 7 ص 10) .

(4) البدائع (ج 7 ص 10) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 275) .

ثانيهما : لا يجوز تلقيته كيف يدعي ؛ لعلنا ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته (1) .

ثالث عشر : عدم تلقين الشاهد بما يشهد به ، بل عليه أن يترك الشاهد ليؤدي شهادته بما عنده ، فإن أوجب الشرع قبول شهادته قبلها وإلا ردّها ، وهو قول الحنفية في المشهور من مذهبهم ، إذ قالوا : يُكره تلقين الشاهد - وهو أن يقول القاضي للشاهد كلاماً يستفيد به (الشاهد) كأن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ؟ - لأن هذه إعانة لأحد الخصمين فيكرهه كتلقين الخصم ، واستحسن أبو يوسف التلقين في غير موضع التهمة (2) .

أما الشافعية فقالوا بذلك في الجملة ؛ إذ قالوا : على القاضي أن يدعّو الشاهد إلى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها ، وقالوا : إذا عرّف القاضي في الشهود عدالة أو فسقاً عمل بعلمه فيقبل من عرّف عدالته ولم يحتج إلى تعديل وإن طلبه ، ويرد من عرف فسقه ، وإذا لم يعرف للقاضي في الشهود عدالة ولا فسقاً وجب الاستزكاء ، أي طلب القاضي منهم التزكية وهي البحث عن حال الشهود ، سواء أطلبه الخصم أم لا ، طعن في الشهود أم لا ، اعترف بعدالتهم أم لا ؛ لأن الحكم يقع بشهادتهم فيجب البحث عن شرطها (3) .

ولو اتهم القاضي الشهود فلا بأس بأن يفرّقهم عند أداء الشهادة فيسألهم : أين كان ؟ ومتى كان ؟ فإن اختلفوا اختلافاً يُوجب ردّ الشهادة ردّها وإلا قبلها (4) .

رابع عشر : عدم البيع والشراء مباشرة ، فإنه يُكره للقاضي أن يباشر البيع والشراء بنفسه ، وهو قول الجمهور ، فلا ينبغي للقاضي أن يبيع أو يشتري بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره ، ويُستدل على ذلك بما أخرجه البيهقي عن ابن مطر قال : خرجت من المسجد فإذا رجل ينادي من خلفي : ارفع إزارك فإنه أنقى لثوبك ، وأتقى لك ، وخذ من رأسك إن كنت مسلماً ، فمشيت خلفه فقلت من هذا ؟ فقال لي رجل : هذا عليّ أمير المؤمنين ، قال : ثم أتى دار فرات - وهو سوق الكرايس - فقال : يا شيخ أحسين بيعي في قميص بثلاثة دراهم فلما عرّفه لم يشتّر منه شيئاً ، ثم أتى آخر فلما عرّفه لم يشتّر منه شيئاً ، فأتى غلاماً حدثاً فاشتري منه قميصاً بثلاثة دراهم ولبسه ما بين الرضعين

(1) المجموع (ج 20 ص 153) .

(2) البدائع (ج 7 ص 10) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 276) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 403) والمجموع (ج 20 ص 153) .

(4) البدائع (ج 7 ص 10) .

إلى الكهين ، فجاء أبو الغلام صاحب الثوب فقيل : يا فلان قد باع ابنك اليوم من أمير المؤمنين قميصاً بثلاثة دراهم فقال : أفلا أخذت درهمين فأخذ أبوه درهماً وجاء به إلى أمير المؤمنين فقال : أمسك هذا الدرهم يا أمير المؤمنين ، قال : ما شأن هذا الدرهم ؟ قال : كان قميصاً ثمن درهمين ⁽¹⁾ .

وقال شريح : شرط عليّ عمر (رضي الله عنه) حين ولّاني القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان .

ومن الاستدلال بالمعقول أنه إذا باشر القاضي البيع والشراء بنفسه لم يؤمن أن يُحايي فيميل إلى من حباه ، فإن احتاج إلى البيع والشراء فإنه يوكل في ذلك من يتوب عنه ولا يكون معروفاً به ، فإن عرف أنه وكيله وجب استبداله بمن لا يُعرف به حتى لا يحايي فتعود المحاباة إليه ، فإن لم يجد من يتوب عنه تولّى بنفسه لحاجته إلى ذلك ، فإذا وقعت خصومة لمن يبايعه استخلف من يحكم بينه وبين خصمه ؛ لأنه إذا تولى الحكم بنفسه احتُمل الميل لنفسه ⁽²⁾ .

خامس عشر : مما يُستحب للقاضي عند القضاء أن يجلس في موضع ظاهر ؛ كيلاً يشتهه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين .

وعلى هذا فإنه يُستحب أن يجلس القاضي في مكانٍ ظاهرٍ يصل إليه كل واحد من الناس ولا يحتجب من غير عذر . وعلى هذا فمن آداب القاضي أن يجلس على مرتفع ليسهل عليه النظر إلى الناس ، وأن يتميز عن غيره بفراش ووسادة وإن كان مشهوراً بالزهد والتواضع ؛ ليعرفه الناس وليكون أهيب للخصوم وأرفق به فلا يملُ وذلك ما لا خلاف فيه . وفي هذا أخرج البيهقي عن الحسن أن رسول الله ﷺ « كان لا يُغلقُ دونه الأبواب ، ولا يقوم دونه الحجة ولا يندى عليه بالجفان ، ولا يُزاح عليه بها ، كان رسول الله ﷺ بارزاً ، من أراد أن يلقي رسول الله ﷺ لقيه ، كان يجلس بالأرض ، ويوضع طعامه بالأرض ، ويلبس الغليظ ، ويركب الحمار ، ويُؤدّف خلفه ، ويلق - والله - يده » ⁽³⁾ .

وكذلك أخرج البيهقي عن رجل من أهل فلسطين يُكنى أبا مريم من الأسد قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من ولّاه الله من أمر الناس شيئاً فاحتجب عن

(1) البيهقي (ج 10 ص 107 - 108) .

(2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 277) والمجموع (ج 20 ص 121) .

(3) البيهقي (ج 10 ص 101) .

حاجاتهم وخلقهم (الحاجة والفقر) وفاقبتهم احتجب الله يوم القيامة عن حاجته وخلقته وفاقته (1) .

ويستحب للقاضي أن يكون مجلسه فسيحاً ؛ كيلا يتأذى الخصوم بضيقه ولا يزعجهم فيه الشيخ والكبير ، وأن لا يحصل التأذي بموضعه بسبب حر أو برد أو دُخان أو رائحة مُثَنِّة ، فقد كتب عمر (رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري (رضي الله عنه) : وإياك والقلق والضجر . وهذه الأشياء تُقْضِي إلى الضجر وتمنع الحاكم من الاقتدار على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة ، فإن حكم في هذه الأحوال صيغ الحكم كما يصح في حال الغضب ، على أن القاضي لا يُثِمِّبُ نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار (2) .

حكم الجلوس في المسجد للقضاء

اختلف العلماء في حكم القضاء في المسجد فقد ذهب الشافعية إلى كراهة ذلك ، واستدلوا على ذلك من الأخبار بما أخرجه البيهقي عن أبي الدرداء وعن واللة وعن أبي أمانة (رضي الله عنهم) يقول : سمعنا رسول الله ﷺ وهو على المنبر يقول : « جئوا مساجدكم صيبياتكم ، ومجانينكم ، وخصوماتكم ، ورفع أصواتكم ، وسل سيفوكم ، وإقامة حدودكم ، وأجمروها في الجمع ، واتخذوا على أبواب مساجدكم مطاهز » (3) .

وأخرج البيهقي أيضاً عن جابر قال : كتب عمر بن عبد العزيز (رحمه الله) إلى عبد الحميد بن زيد : أن لا تقضي بالجوار ، وكتب إليه أن لا تقضي في المسجد فإنه يأتيك اليهودي والنصراني والحائض (4) .

وقالوا : لأن الخصومة يحظرها اللغظ والسفك فينزله المسجد عن ذلك ، ولأنه قد يكون الخصم مجنباً أو حائضاً فلا يمكنه المقام في المسجد من أجل الخصومة (5) .

وذهب الحنفية إلى جواز القضاء في المسجد ، وقالوا : المسجد الجامع أولى ، لأنه أشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة ، وهذا إذا كان الجامع في

(1) البيهقي (ج 10 ص 101 ، 102) .

(2) المجموع (ج 20 ص 132) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 269) ومنه المحتاج (ج 4 ص 191) .

(3) (4) البيهقي (ج 10 ص 103) .

(5) المجموع (ج 20 ص 132) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 491) .

وسط البلد ، أما إذا كان في طرف البلد منها فلا ؛ لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له ، فالأولى أن يختار مسجد في وسط البلد وفي السوق ⁽¹⁾ .

والقول السابق هو قول المالكية في الجملة ؛ إذ قالوا : القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم ؛ لأنه قد يرضى فيه بالدون من المسجد وتصل إليه المرأة والضعيف ، وقيل : يجلس للقضاء برحابه ؛ وذلك للخبر « جنّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماؤكم » .

وقال بعض العلماء في المذهب : يستحب أن يجلس خارج المسجد ؛ ليصل إليه الخائض والثقات واليهود والنصارى والجنب ، ولهذا كانوا يثبّتون محلات القضاء والمحاكم والمدارس في وسط البلدان أو قرب المساجد خارجاً عنها ليحصل المقصود لكل مدّع أو طالب ⁽²⁾ .

ويستدل على جواز القضاء في المسجد بما أخرجه البخاري عن سهل بن سعد أخبي بني ساعدة أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقّله أم كيف يفعل ؟ فأُنزل الله في شأنه ما ذكر في القرآن من أمر المتلاعنين ، فقال النبي ﷺ : « قد قضى الله فيك وفي امرأتك » قال : فلاعنا في المسجد وأنا شاهد ⁽³⁾ .

وقد نُقل عن الخلفاء الراشدين (رضي الله عنهم) أنهم كانوا يجلسون في المساجد لفضل الخصومات ، ولا يكاد يُشكّ في أن عمر وعثمان (رضي الله عنهما) وقع لهما ذلك ، ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً ، وكلّ قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرد إنكار ذلك من أحد ⁽⁴⁾ .

ومن الاستدلال بالمعقول أن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد ⁽⁵⁾ .

ويجوز للقاضي أيضاً أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما دُكر ، وهو أن يكون موضع القضاء بارزاً لكل أحد ، فإذا جلس في بيته أذن للناس في الدخول إليه ؛ لأن لكل واحد حقاً في مجلسه حتى يكون ذلك أبعد من التهمة ؛ إذ في الجلوس وحده تهمة الظلم وأخذ الرشوة ⁽⁶⁾ .

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 269) والبدائع (ج 7 ص 13) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 199) .

(3) البخاري (ج 7 ص 70) .

(4) شرح فتح القدير (ج 7 ص 270) .

(5) شرح فتح القدير (ج 7 ص 269) .

(6) شرح فتح القدير (ج 7 ص 271) والمجموع (ج 20 ص 150) .

حضور الفقهاء مجلس الحكم

اتفقت كلمة العلماء على أنه يُستحب للقاضي أن يُحضّر مجلسه جماعة من الفقهاء ؛ ليشاورهم فيما يشكّل ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ وفي هذا أخرج البيهقي عن الحسن في قوله عز وجل : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ قال : علّمه الله سبحانه وتعالى أنه ما به إليهم من حاجة ، ولكن أراد أن يُستنّ به من بعده (1) .

وفي استحباب الحضور من الفقهاء لمجلس القضاء أخبارٌ وأثارٌ كثيرة ؛ منها :

ما أخرجه البيهقي عن سعيد بن المسيّب قال : قال رسول الله ﷺ : « رأس العقل بفدّ الإيمان بالله التودّد إلى الناس ، وما يستغني رجلٌ عن مشورة ، وإن أهل المعروف في الدنيا هم أهل المعروف في الآخرة ، وإن أهل المنكر في الدنيا هم أهل المنكر في الآخرة » (2) .

وأخرج البيهقي عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ لما سار إلى بدر استشار المسلمين فأشار عليه أبو بكر (رضي الله عنه) ، ثم استشارهم فأشار عليه عمر (رضي الله عنه) ثم استشارهم فقالت الأنصار : يا معشر الأنصار إياكم يُريد رسول الله ﷺ ، قالوا : إذا لا نقول كما قالت بنو إسرائيل لموسى : ﴿ أَذْهَبَ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا إِنَّا هَاهُنَا قَاعِدُونَ ﴾ (3) والذي بعثك بالحق لو ضربت أكبادها إلى برك الغماد لاتبعتها (4) .

وأخرج البيهقي أيضًا عن يحيى بن سعيد قال : سأل عمر بن عبد العزيز عن قاضي الكوفة وقال : القاضي لا ينبغي أن يكون قاضيًا حتى يكون فيه خمسٌ خصال : عفيف ، حليم ، عالم بما كان قبله ، يستشير ذوي الألباب ، لا يُتالي بملامة الناس (5) .

يدل ذلك كله على استحباب الحضور من الفقهاء لمجلس القاضي ؛ كما يشاورهم فيما يشكّل عليه من القضايا ، حتى إنه يُحضّر الفقهاء من كلّ مذهب (6) .

ومن أقوال الحنفية في هذا الشأن : إنه يُنظر في ذلك إلى طيّاع القضاة وهي تختلف ، فمن دخله منهم حصصٌ أو ضيق من قعود الفقهاء في مجلسه أو شغل ذلك عن شيء من

(1) سورة المائدة الآية (24) .

(2 ، 1) البيهقي (ج 10 ص 109) .

(3) البيهقي (ج 10 ص 110) .

(4) البيهقي (ج 10 ص 109) .

(5) شرح فتح القدير (ج 7 ص 271) والمجموع (ج 20 ص 138) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 494)

وأسهل المدارك (ج 3 ص 198) والبدائع (ج 7 ص 11) .

أمر المسلمين كان له أن يجلس وحده ، وبهذا تكون هيئة المجلس من حيث حضور الفقهاء وعدته بحسب طباع القضاة فإن من القضاة من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ، ومنهم من يزداد قوة على ذلك بحضورهم ، فإن كان القاضي ممن يدخله حصص بقعودهم يجلس وحده (1) .

* * *

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 271) والبدائع (ج 7 ص 12) .

استقبال القبلة

من محاسن الهيئات للقاضي عند القضاء استقباله القبلة ، فيستحب للقاضي أن يجلس في قضائه مستقبلاً القبلة ؛ لأن القضاء قرينة فكانت جهة القبلة فيها أولى وذلك كالأذان ، ويستحب للقاضي أن يتقدم وعليه السكينة والوقار من غير اضطراب ولا استكبار وأن يجلس الكاتب بقربه ؛ ليشاهد ما يكتبه ، فإن غلط في شيء رده ⁽¹⁾ .

البداية بالاهم

من أحكام القضاء أن يبدأ القاضي في قضائه بالأولى منها فالأولى ، وذلك بالنظر لأحوال المقتضي عليهم .

وعلى هذا فإن المستحب أن يبدأ القاضي في نظره بالمحبوسين (المساجين) ؛ لأن الحبس عقوبة وعذاب وربما كان فيهم من تجب تخليته فيستحب البداية بهم ، على أنه تكتب أسماء المحبوسين وينادي في الإلذان أن القاضي يريد النظر في أمر المحبوسين في يوم كذا فليحضر مجلس الحكم من كان له محبوس ، فإذا حضر الحضور حضر القاضي خصم كل واحد منهم ، فإن وجب إطلاقه ، أطلق ، وإن وجب حبسه أعاده إلى الحبس .

ولو قال المحبوس : حبست على ذنبي وأنا معسر فإنه ينتظر القاضي : إن ثبت إعساره أطلق ، وإن لم يثبت إعساره وجب أن يعاد إلى الحبس ⁽²⁾ .

ثم ينظر القاضي كذلك في أمر الأوصياء والأمناء ؛ لأنهم ينصرفون في حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الصغار ، وهؤلاء تقتضي حاجتهم للتصرف في ماله نظر في أمرهم ، فإذا ادعى رجل أنه وصي الميت لم يقبل قوله إلا بينة ؛ لأن الأصل عدم الوصية ؛ فإن أقام على ذلك بينة ينتظر القاضي : إن كان عدلاً قولاً أقر على الوصية ، أما إن كان فاسقاً لم يقر على الوصية ؛ لأن الوصية ولاية ، والفاسق ليس من أهل الولاية ، وإن كان عدلاً ضعيفاً وجب أن يضم إليه غيره ليتقوى به ⁽³⁾ .

ثم ينظر في اللقطة والفتوال وأثر الأوقاف العامة ونحو ذلك من المصالح ، فيقدم

(1) المجموع (ج 20 ص 140) .

(2) المجموع (ج 20 ص 140) والبدائع (ج 7 ص 13) .

(3) المجموع (ج 20 ص 140 - 141) .

الأهم فالأهم ؛ لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها ⁽¹⁾ .

الإزدحام في مجلس القاضي

إذا ازدحم الخصوم المدعون في مجلس القاضي قُدِّمَ الأسبق فالأسبق منهم بمجلس الحكم ، وذلك إن جاءوا متربين وعرف السابق فيهم ؛ فإنه العدل ، كما لو سبق إلى موضع مباح ، والعبرة هنا بسبق المدعي وليس المدعى عليه ؛ لأن الحق للمدعي .

وإن جهل الأسبق منهم أو جاءوا معاً أقرع بينهم وقُدِّمَ من خرجت قرعته ؛ إذ لا مرجح ، فإن أثر بعضهم بعضاً جاز ، هذا إذا أمكنت القرعة ، فإن كثروا أو عَشُرَت القرعة كتب القاضي أسماؤهم في رقاع وجعلها بين يديه ليأخذها واحدة واحدة ويُقَدِّم صاحبها وتسمع دعوى الأول فالأول حتماً ، وهذا نوعٌ من الإقراع ، فإن كان فيهم مريض يتضرر بالصبر حتى نوبته ، فالأولى لغيره ممن له نوبة أن يُقَدِّمه ، فإن لم يفعل قُدِّمه القاضي إن كان مطلوباً ولا يُقَدِّمه إن كان طالباً ؛ لأن المطلوب مجبورٌ والطالب مجبر .

وليس للقاضي أن يُقَدِّم بعض المدعين على بعض إلا في صورتين :

الأولى : في المسافرين المستوفزين ، أي المتهيمين للسفر الخائفين من انقطاعهم إن تأخروا ، فهؤلاء يُقَدِّمهم القاضي على المقيمين ؛ كيلا يتضرروا بالتخلف .

الثانية : في النساء ، فإنهن يُقَدِّمن على الرجال ؛ طلباً لسترهن وإن تأخر المسافرون والنساء في الحجيء إلى القاضي ، كل ذلك إذا لم يكثرُوا ، فإن كثروا أو كان الجميع مسافرين أو نسوة كان التقديم بالسبق أو القرعة ، على أنه يُقَدِّم المسافرُ على المرأة المقيمة ، والشابة في ذلك كالعجوز ، وقيل : تُقَدِّم الشابة خشيئة الفتنة والمحذور .

وجملة القول : أنه يُسَنُّ تقديم المسافرين رجالاً ونساءً على المقيمين ، وعلى هذا يُقَدِّم النساء المسافرات على الرجال مطلقاً وعلى النساء المقيمات ، ثم يُقَدِّم الرجال المسافرون على المقيمين من الرجال والنساء ، ثم تُقَدِّم النساء المقيمات على الرجال المقيمين ، ويُقَدِّم الأسبق فالأسبق ، فإن لم يكن ثمة سبق قُدِّم بالقرعة ، ولو اجتمعت العجوز والشابة قُدِّمَت الشابة ⁽²⁾ .

(1) المجموع (ج 20 ص 141) .

(2) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 494) ومغني المحتاج (ج 4 ص 402) والبدائع (ج 7 ص 13) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 335 - 336) .

اتخاذ الحاجب

الحَاجِبُ : من الحِجَاب وهو السُّتْر ، وَحَجَبَهُ منعه عن الدخول ، ومنه حاجب الأمير الذي يحول بينه وبين الناس أو هو البُزَاب ، وجمعه : حُجَاب - بضم الحاء وتشديد الجيم - أو حَجَبَةٌ ⁽¹⁾ ، وَيُكْرَهُ للقاضي أَنْ يتخذ حاجبًا (بوابًا) ؛ لأنه لَا يُؤْمَرُ أَنْ يمنع من له ظلامَةٌ ، أو يُقَدَّم حَصَصًا على خصم ، فإن دعت الحاجةُ إلى ذلك اتخذ أمينًا بعيدًا من الطمع وئوسيه بما يَلْزَمُهُ من تقديم مَنْ سَبَقَ من الخصوم ، أما الإمام فله أَنْ يُتَّخَذَ حاجبًا ؛ لأن الإمام ينظر في جميع المصالح فتدعوه الحاجةُ إلى أَنْ يجعل لكل مصلحة وقتًا لَا يَدْخُلُ فيه أيُّ أحد ، وقد كان هناك حاجبٌ لكل من عُقَرَ وعثمان وعلي ⁽²⁾ .

اتخاذ الحبس

يُستحب أَنْ يكون للقاضي حبسٌ ؛ لأنه يحتاج إليه للتأديب والاستيفاء الحق من المُعَاظِلِ بالدُّنَى ، أي أنه يتخذ الحبس (السجن) لأداء حقوق الله تعالى أو حقوق الآدميين ولتعزير من يلزم تعزيره ⁽³⁾ وقد اشترى عمر (رضي الله عنه) دارًا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنًا .

وقد أخرج البيهقي عن مكحول أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كتب إلى عماله في كور الشام في شاهد الزور أن يُجْلَدَ أربعين ويُخْلَقَ رأسه ويسْحَمَ وجهه ويُطَافَ به ويُطَالَحَ حبسه ⁽⁴⁾ .

فلو امتنع مديونٌ من أداء ما عليه فإن القاضي يتخير بين بيع ماله بغير إذنه وبين سجنه لبيع ماله نفسه ، على أنه لَا يسجن والد بدين ولده في الأصح ، ونفقة المسجون في ماله ، وكذا أجرَةُ السَّجْنِ والسَّجَّانِ ، والحبس لمعسر عذرٌ له في ترك الجمعة ⁽⁵⁾ .

اتخاذ الكاتب والمُتَزِمِ

إذا احتاج القاضي كاتبًا اتخله ، فإن القاضي مشغولٌ بالحكم والاجتهاد ومن شأن

(1) مختار الصحاح (ص 122) والمعجم الوسيط (ج 1 ص 156) .

(2) المجموع (ج 20 ص 132) ومغني المحتاج (ج 4 ص 391) .

(3) المجموع (ج 20 ص 133) ومغني المحتاج (ج 4 ص 390) .

(4) البيهقي (ج 10 ص 142) .

(5) مغني المحتاج (ج 4 ص 390) والأُنوار (ج 2 ص 621) .

الكتابة أن تشغله وقد كان للنبي ﷺ كُتَّابٌ فوق الأربعين ، منهم علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت (رضي الله عنهما) .

ويُشترط في الكاتب الذي يتخذه القاضي أن يكون عارفاً بكتابة المحاضر والسجلات ؛ لأنه إذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله والمحاضر جمع محضر - بفتح الميم - وهو ما يكتب فيه ما جرى للمتحاكمين في المجلس ، فإن زاد عليه الحكم أو تنفيذه سمي سجلاً ، وقد يطلق المحضر على السجل .

ومن شرط الكاتب أيضاً أن يكون مسلماً عدلاً ، فلا يجوز أن يكون كافراً ؛ لأنه يكره الإسلام والمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يُبطل به حقوق المسلمين ، ولا يجوز أيضاً أن يكون فاسقاً ؛ لأنه لا تؤمن خيائته .

وينبغي أن يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب ، فيكتب دعوى المدعي ويكتب أسماء الشهود إن كان للمدعي شهود ويترك بين كل شاهدين ياضاً ؛ ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ، ثم يطوي الكاتب الكتاب ويختمه ، ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان في شهر كذا في سنة كذا ، وينبغي أن يجعل الخصومات كل شهر موضعاً على حده ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها إلى المعدل سراً ، وهذا على ما جرى في أعراف بعض البلدان .

وللقاضي كذلك أن يتخذ مترجماً كي يفسر له لغة المتخاصمين ؛ لأن القاضي قد لا يعرف لغة الخصمين فلا بد من يطلعه على ذلك ، وشرط الترجمان أن يكون عدلاً حراً وأن يتحقق فيه العدد وكذا لفظ الشهادة كالشاهد ، فيقول كل واحد منهما : أشهد أن الخصم يقول كذا ، فإن كان الحق ثبت برجل وامرأتين كفى في ترجمته مثل ذلك ، وتجاوز الترجمة من الأعمى ؛ لأن الترجمة تفسير اللفظ الذي سمي به فلا يحتاج إلى معاينة وإشارة (1) .

كفاية القاضي من المونة

للقاضي - وإن وجد كفايته من ماله - أن يأخذ كفايته وكفاية عياله مما يليق بحالهم من بيت المال ؛ ليفرغ للقضاء إلا أن يتعين للقضاء ووجد ما يكفيه وعياله من ماله ، فلا

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 389) والمجموع (ج 20 ص 133) والأنوار (ج 2 ص 620) والبدائع (ج 7 ص 12) وبلغة السالك على شرح الدرر (ج 2 ص 335) .

يجوز له أن يأخذ شيئاً ؛ لأنه يؤدي فرضاً قد تعين عليه ؛ إذ لم يوجد من يضطلع بمهمة القضاء سواه فصار تولي القضاء في حقه فرضاً ، ويُستثنى لمن لم يتعين للقضاء أن يترك الأخذ إذا كان مكتفياً بمال نفسه ، فيجوز الأخذ للمكتفي وغيره إذا لم يوجد متطوع بالقضاء صالح له ، وإن وجد فلا يجوز الأخذ من بيت المال .

ولا يجوز أن يوزق القاضي من خاض مال الإمام أو غيره من أفراد الناس ، ولا يجوز له قبوله خشية التهمة ، وذلك بخلاف المؤذن فإن أخذه لا يورث تهمة أو ميلاً ؛ لأنه لا علاقة لعمله بالحكم والقضاء . وكذلك الإمام له أن يأخذ من بيت المال لنفسه ما يليق به من دار ومتاع ومالي يكفيه وعياله ، ولا يلزمه أن يقتصر على ما اقتصر عليه النبي ﷺ والخلفاء الراشدون والصحابية (رضوان الله عنهم) ؛ وذلك لبغد العهد عن زمن النبوة التي كانت سبباً للنصر بالعرب في القلوب ، فلو لزم اليوم الاقتصار على ذلك لما أطبق ولتعمّلت الأمور .

ويُعطى الإمام أيضاً من بيت المال كل من كان عمله مصلحة عامة للمسلمين كالأمير والمفتي والمحاسب والمؤذن وإمام الصلاة ومعلم القرآن وغيره من العلوم الشرعية وغير هؤلاء من العاملين والموظفين الذين يؤدون خدمات للمسلمين ، كل بحسب عمله وتخصّصه ⁽¹⁾ .

تحريم الرشوة

يُحرم على القاضي أخذ الرشوة فلا جرم أنها شغرت ، والرشوة هي ما يُؤخذ من مال للحاكم ليحكم بغير الحق أو ليمتنع من الحكم بالحق ؛ وذلك للأخبار الدالة على التحريم كقوله عليه الصلاة والسلام : « لعن الله الراشي والمرتشى » ولأن الحكم الذي يؤخذ عليه المال إن كان (الحكم) بغير حق فإن أخذ المال في مقابلته حرام ، وإن كان بحق فلا يجوز توقيفه على المال ، وذلك إن كان للقاضي رزق في بيت المال ، أما إذا لم يكن له فيه رزق وقال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلوا لي رزقاً فقد قال الأكثرون بجواز ذلك ، وقال آخرون بالمنع احتياطاً وذلك قول الشافعية ⁽²⁾ .

وفي الحكم بغير حق في مقابل المال أخرج البيهقي عن مسروق قال : سألت ابن مسعود عن الشخص أهر رشوة في الحكم ، قال : لا ؛ **﴿ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾**

(1) معني المحتاج (ج 4 ص 379 - 390) والأنوار (ج 2 ص 620) والبدائع (ج 7 ص 13) .

(2) معني المحتاج (ج 4 ص 392) والأنوار (ج 2 ص 622) .

فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿١﴾ وَالظَّالِمُونَ وَالْفَاسِقُونَ . وَلَكِنَّ السُّعْثَ أَنْ يَسْتَعِينَكَ رَجُلٌ عَلَىٰ مَظْلَمَةٍ فَيُهْدِيكَ لَكَ فَتَقْبِلَهُ ؛ فَذَلِكَ السُّعْثُ (٢) .

وللحنفية في حكم الرشوة تفصيل ؛ إذ قالوا : الرشوة أربعة أقسام نعرض لبيانها في هذا التفصيل :

القسم الأول :

وهو ما يُؤخذ على تقليد القضاء والإمارة ، وهذا حرام على الآخذ والمعطي حتى لو قلّد القضاء والإمارة على ذلك : لا يقلد .

القسم الثاني :

وهو ارتشاء القاضي ليحكم ، وهو كذلك حرام على الآخذ والمعطي ، ولو أخذ لا يُنفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها ، سواء كان حكمه بحق أو باطل ؛ ذلك لأن الحكم بالحق واجب على القاضي أن يحكم به ، فلا يحل له أن يأخذ المال عليه ، والحكم بالباطل معلوم الحرمة .

وحكي في المذهب في نفاذ قضاء القاضي في حكم ارتشى فيه - أقوال ثلاثة - هي :

القول الأول : لا يُنفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه ، وينفذ فيما سواه من الوقائع .

الثاني : لا ينفذ فيهما معاً .

الثالث : ينفذ فيهما ؛ لأن حاصل أمر الرشوة - فيما إذا قضى بحق - إيجابها فشق

القاضي ، والفسق لا يوجب العزل ؛ فولايته قائمة ، وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ ؟

القسم الثالث :

وهو أن يأخذ القاضي المال ليسوي أمر المأخوذ منه عند السلطان دفقا للضرر عنه أو جلبا للنفع له ، وهو حرام على الآخذ لا الدافع ، وهذه حيلة للدافع كيما يستأجر الآخذ فيستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني ، وهذا القسم أحد أقسام الهدية للقاضي في المذهب ؛ إذ قيل أقسامها ثلاثة :

الأول : أنها حلال من الجانبين (المهدي والمهدي له) وذلك كالإهداء للتوّدّد .

الثاني : حرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم .

الثالث : حلال من جانب المهدى ، حرام على المهدى له ، وهو أن يأخذ الهدية ليكف عنه الظلم .

هذا إذا كان في الإهداء شرط ، أما إذا كان الإهداء بغير شرط لكنه يعلم يقيناً أنه إنما يهدي إليه من أجل أن يعينه عند السلطان ، فالراجح أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بغير شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به ، وما نُقِلَ عن ابن مسعود من كراهته إنما هو من باب الورع .

القسم الرابع :

ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله فهو حلال للدافع ، حرام على الآخذ ؛ لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ، ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (1) .

تعديل الشهود (تزكيتهم)

يتخذ القاضي قوماً من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال الشهود من جهة عدالتهم . ومن شروح الشافعية أن يكون للقاضي مُزَكُّون وأصحاب مسائل : فالزكون يكون الرجوع إليهم ليبينوا حال الشهود وأصحاب المسائل هم الذين يعيهم القاضي إلى المزكين ليبحثوا ويسألوا ، وربما فُسر أصحاب المسائل بالمزكين فنقول : ينبغي أن يكون أصحاب المسائل عدولاً في أنفسهم وليس بينهم وبين الناس بغضاء أو عداوات بسبب من عصبية أو نسب أو تمذهب بمذهب ؛ كيلا يحملهم ذلك على جرح من كان عدلاً أو تزكية من كان غير عدل ، وينبغي أيضاً أن يكونوا ذوي أفهام واسعة وعقول نيرة وخبرة بأحوال الناس ؛ ليقفوا بذلك على حقيقة الشهود من حيث جرحهم وتزكيتهم . على أن المزكي يشترط فيه جملة شروط هي : العقل والبلوغ والإسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر ؛ لأن التزكية إن كانت تجري مجرى الشهادة فهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية ، وإن كانت التزكية من باب الإخبار عن الديانات فخيرهم في الديانات غير مقبول ؛ لأنه لا بد فيه من العدالة ، ولا عدالة لهؤلاء .

ومن شروطها أيضاً : العدالة ؛ لأن من ليس عدلاً في نفسه لا يجوز أن يُعَدَّلَ غيره ،

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 255) .

ولا يُشترط الذكورة في المعدل (المزكي) لجواز التزكية فتجاوز بذلك تزكية المرأة إذا كانت تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم .

ومن شروطها أيضًا : أن لا يكون المزكي مشهودًا عليه ، فإن كان مشهودًا عليه فلا تُعتبر تزكيته (1) .

ولا يحكم القاضي حتى تثبت عدالة الشاهد ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرًا كَانَ مِنْ تَرْصُونٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (2) ولا يتحقق الرضا عن الشهود إلا بنبوت عدالتيهم ، وذلك بعد السؤال عن أحوالهم والتثبت من حسن أخلاقهم وسيرتهم بما يُظهره زونه للناس من سلوك وأفعال . وفي هذا أخرج البيهقي عن خرخشة بن الحر قال : شهد رجلٌ عند عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بشهادة فقال له : لست أعرفك ولا يضرك أن لا أعرفك ، أتت بمن يعرفك . فقال رجل من القوم : أنا أعرفه ، قال : بأي شيء تعرفه ؟ قال : بالعدالة والفضل فقال : فهو جائزك الأدني الذي تعرفه ليله ونهاره ومُدخله ومُخرجه ؟ قال : لا ، قال : فمعاملتك بالدينار والدرهم اللذين بهما يُستندل على الوزع ؟ قال : لا . قال : فزيفتك في السفر الذي يُستندل به على مكارم الأخلاق ، قال : لا ، قال : لست تعرفه ، ثم قال للرجل : أتت بمن تعرفك (3) . والتثبت من عدالة الشاهد واجب ؛ لأنه لا يؤمن أن يكون قاسقًا ؛ فلا يُحكّم بشهادته (4) .

وإذا أراد القاضي أن يعرف عدالة الشاهد كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعتة وسوقه ومسكنه ؛ كيلا يشتبه بغيره ، ويُذكر من يشهد له ؛ كيلا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد ، وكذلك يذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوًا فلا تُقبل شهادته عليه ، فيبعث ما يكتبه مع أصحاب المسائل ، ويجتهد القاضي أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له ؛ حتى لا يحتال هذا في تعديل الشهود ، ولا عند المشهود عليه ، حتى لا يحتال هذا في تجزيع الشهود ، وأن لا يكونوا معروفين كذلك عند الشهود ؛ حتى لا يحتال هؤلاء في تعديل أنفسهم ، وأن لا يكونوا معروفين كذلك عند المسؤولين عن الشهود ؛ حتى لا يحتال لهم الأعداء في اصطناع الجزع ولا الأصدقاء في اصطناع التعديل ، ويجتهد القاضي أيضًا أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم بعضًا

(1) البدائع (ج 7 ص 10 ، 11) والمجموع (ج 20 ص 134) .

(2) سورة البقرة الآية (282) .

(3) البيهقي (ج 10 ص 125) .

(4) المجموع (ج 20 ص 135) .

فيتراطون على الجرح والتعديل وقد غشي الهوى قلوبهم (1).

وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم في طريقة التعديل (التزكية) للكشف عن حقيقة الشهود ، وجعل ذلك : أن يدعو القاضي صلحاء أهل البلد (المزكين أو المعدلين) ويسألهم عن عدالة الشهود ، فمن شهدوا له بالعدالة أثبته القاضي وقبل شهادته ، ومن نفوا عدالته أبعدته القاضي ولم يقبل شهادته ، وهو قول الحنفية والمالكية وكذا الشافعية في الأظهر من مذهبهم ، وفي قول لهم ثانياً أن القاضي يحكم بشهادة الجيران ؛ لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل (2) .

عَدُّ الْمَعْدِلِينَ (الْمَزْكِينَ)

يُشْتَرَطُ لِمَجَازِ التَّزْكِيَةِ أَنْ لَا يَكُونَ عَدُّ الْمَزْكِينَ أَقْلَ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَعَلَى هَذَا فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ إِلَّا بِاثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ : أَنَّ التَّزْكِيَةَ شَهَادَةٌ فَاعْتَبِرَ فِيهَا الْعَدُّ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ ، وَهُوَ مَا قَالَ بِهِ مُحَمَّدٌ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ .

إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَشَرَطُ الْمَزْكِيِّ الَّذِي يَشْهَدُ بِالْعَدَالَةِ كَشَرَطِ الشَّاهِدِ ، وَقَضِيَّتُهُ عَدَمُ شَهَادَةِ الْأَبِّ بِتَعْدِيلِ الْابْنِ وَكَذَا عَكْسُهُ مَعَ مَعْرِفَةِ سَبَابِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ ؛ لِأَنَّ الْجَرْحَ الْعَدْلَ وَتَزْكِيَتِي الْفَاسِقِ ، وَشَرَطُهُ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ خَبِيرًا بِبَاطِنِ مَنْ يَعْدِلُهُ ، وَذَلِكَ بِصَحْبَةٍ أَوْ جَوَارٍ أَوْ مَعَامِلَةٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ وَهُوَ مَا يَبْنَاهُ فِي قَضَاءِ عَمْرِ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) ؛ إِذَا طَلَبَ مِنْ جِأَاهُ شَاهِدًا أَنْ يَأْتِيَهُ بِهِ يَعْرِفُهُ فَقَالَ لِمَنْ جِأَاهُ : بِأَيِّ شَيْءٍ تَعْرِفُهُ ؟ قَالَ : بِالْعَدَالَةِ وَالْفَضْلِ . فَقَالَ : فَهُوَ جَارُكَ الْأَدْنَى الَّذِي تَعْرِفُهُ لَيْلَهُ وَنَهَارَهُ وَمُدْخَلُهُ وَمَخْرَجُهُ . قَالَ : لَا ، قَالَ : فَمَعَامِلُكَ بِالْدَيْتَارِ وَالْدَرْهَمِ اللَّذِينَ بِهِمَا يُسْتَدَلُّ عَلَى الْوَرَعِ ؟ قَالَ : لَا ، قَالَ : لَسْتُ تَعْرِفُهُ ، ثُمَّ قَالَ لِلرَّجُلِ : أَتَيْتَ مَنْ يَعْرِفُكَ (3) .

أَمَّا الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبُهُ أَبُو يُوسُفَ فَلَمْ يَشْتَرِطَا الْعَدْلَ لِلتَّزْكِيَةِ وَلَكِنْ الْعَدْلَ شَرَطُ الْفَضِيلَةِ وَالْكَمَالِ ، وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ التَّزْكِيَةَ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظُ

(1) المجموع (ج 20 ص 134 ، 135) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 496-497) والأُنُور (ج 2 ص 629) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 335) ومغني المحتاج (ج 4 ص 403) .

(2) البدائع (ج 7 ص 10 ، 11) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 335) والمجموع (ج 20 ص 135) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 496) .

(3) المجموع (ج 20 ص 135 ، 137) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 335) والبدائع (ج 7 ص 11) ومغني المحتاج (ج 4 ص 404) .

الشهادة فلا يلزم فيها العدد ، على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول
المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه (1) .

ما يقوله المزكي (كيفية التعديل)

يشترط لجواز التزكية أو التعديل أن يكون قولُ المزكي أو المعدل لفظَ شهادة فيقول :
أشهد أنه عدلٌ أو غير عدل ، وذلك كسائر الشهادات ، وقوله : عدل مثبت للعدالة التي
اقتضاها ظاهرُ قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (2) كذلك قالت الشافعية .
وقيل في المذهب : يزيد على ذلك قوله : عَلَيَّ وَلِيٌّ ؛ لأن قوله : « عدل » لا يمنع أن
يكون عدلاً في شيء دون شيء فهذه الزيادة تُزيل الاحتمال وتؤكد العدالة .

ولا يحصل التعديل بقوله : لا أعلم منه إلا خيراً أو لا أعلم منه ما تُردُّ به الشهادة ، أو
قال : بلغني أو قيل لي : إنه يفعل أو يقول أو يعتقد ، لم يُجزَّ أن يشهد بذلك لقوله
تعالى : ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ (3) .

أما الحنفية فقالوا : التعديل أن يقول المعدل : هو عدل ، جائز الشهادة . حتى لو قال :
هو عدل ، ولم يقل : جائز الشهادة لا يُقبل تعديله لجواز أن يكون الإنسان عدلاً في
نفسه ولا تجوز شهادته كالمحدود في القذف إذا تاب وصلاح ، وكذلك إذا قال في الرد :
هو ليس بعدي : لا يُردُّ ما لم يقل : هو غيرُ جائز الشهادة ؛ لأن غيرُ المعدل وهو الفاسقُ
تُجوز شهادته إذا تحوَّى القاضي الصدق في شهادته ، ولو قضى به القاضي ينفذ (4) .

ومن شرط التعديل أيضاً أن يسأل المعدلُ في السر عن حال الشاهد ، فإن وجده
عدلاً عدَّله في العلانية كذلك ، ويجمع القاضي بين المزكي (المعدل) والشهود ، وبين
المدَّعي والمدَّعى عليه في تعديل العلانية ، وإذا لم يجده عدلاً قال للمدَّعي : رد في
شهودك ، ولا يكشف عن حال المجروح ؛ سترًا على المسلم ، ولا يكفي بتعديل السر
حقوقاً من الاحتيال والتزوير بأن يُسمَّى غيرُ العدل باسم العدل ، فكان الأدب هو التزكية
في العلانية بعد التزكية في السر (5) .

ولو اختلف المعدلان فعُدَّله لهُ أحدهما وبجرَّحه الآخر ، سأل القاضي غيرهما فإن

(1) البدائع (ج 7 ص 11) .

(2) سورة الطلاق الآية (2) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 404) والمجموع (ج 20 ص 136) والأنوار (ج 2 ص 629) .

(4) (5 ، 4) البدائع (ج 7 ص 11) .

وسورة الرخرف الآية (86) .

عدله آخر أخذ القاضي بقوله ، وإن جرحه آخر ، أخذ القاضي بالجرح ؛ لأن خبر الاثنين أولي من خبر الواحد بالقبول ؛ إذ هو حجة مطلقة . ولو انضم إلى كل واحد منهما رجل آخر فعده اثنان وجرحه اثنان فإن القاضي إذ ذاك يعمل بالجرح ؛ لأن الجرح يعتمد حقيقة الحال أما المعدل فإنه يبنى الأمر على الظاهر ؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أن يُظهر الصلاح ويحكم الفسق فكان قبول قول الجارح أولى ، ولو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر فإنه يعمل بقول الجارح ؛ لأن الترجيح في باب الشهادة لا يقع بكثرة العدد ، وهو قول الحنفية وكذا الشافعية في الجملة ⁽¹⁾ ، إذ قالوا : إذا بحث القاضي اثنين فعاد الجرح بحكم الجرح ، وإذا عادا بالتعديل حكم بالتعديل ، ولو عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما بجرح أو تعديل بل يبعث ثالثا فإن عاد الجرح كملت بينة الجرح ؛ وإن عاد بالتعديل فقد كملت بينة التعديل ، ولو شهد اثنان بالجرح واثنان آخران بالتعديل حكم القاضي بالجرح ؛ لأن شاهدي الجرح يخبران عن أمر باطن ، أما شاهدا العدالة فهما يخبران عن أمر ظاهر فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالإسلام وشهد اثنان آخران بالردة .

ولو شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة فإنه يُقدّم بينة الجرح ؛ لأن بينة الجرح قد كملت باثنين فتقدم على بينة التعديل ⁽²⁾ .

ويجب أن يُذكر سبب الجرح صريحا مفسرا كقوله : هو زان أو قاذف أو سارق أو نحو ذلك ، أو يقول ما يعتقد من البدعة المنكرة ؛ وذلك لأن أسباب الجرح مختلف فيها فلا بد من البيان كيما يحكم القاضي باجتهاده .

أما التعديل فلا حاجة إلى بيان سبب العدالة ؛ لأن أسبابها كثيرة غير منحصرة ⁽³⁾ ، على أن الجارح بذكر الزنا لا يصير قاذفا وإن انفرد بالإخبار ؛ لأنه مسفول ، وهو في حقه فرض كفاية أو عين ، بخلاف شهود الزنا إذا نقصوا عن الأربعة فإنهم قدّة ؛ لأنهم يُدب إليهم الستر فهم مقصرون بالإخبار .

على أن الجرح والتعديل إنما يكونان عند القاضي أو من يعينه القاضي لذلك ،

(1) البدائع (ج 7 ص 11) والمجموع (ج 20 ص 136) ومغني المحتاج (ج 4 ص 404) والأنوار (ج 2 ص 629) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 496 ، 497) .

(2) المجموع (ج 20 ص 136) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 405) والمجموع (ج 20 ص 136) .

والجارح يعتمد في جرحه المعايينة كأن رآه يزني ، أو السماع كما إذا سمعه يقذف إنساناً أو يقرّ على نفسه بذلك ، أو استفاض خبر الجرح بين الناس ، وكذا شهادة عدلين بشرطهما وذلك لحصول العلم أو الظن بذلك ، وإذا لم يُقبل الجرح لزم التوقف عن الاحتجاج بالمجروح إلى أن يبحث عن ذلك الجرح (1) .

ارتياح القاضي في الشهود

إذا شهد عند القاضي شهود فارتاب بهم أو توهم غلطهم لحفة عقل وجدها فيهم فإنه يستحب أن يفرقهم فيسألهم متفرقين ، وينبغي أن يكون تفرقهم فجأة قبل أن يفهموا ذلك منه فيحاولوا في دفع الريبة أو الوهم عن أنفسهم ، فيجعل القاضي كل واحد منهم بمكانٍ بمفرده فيسأل كل واحد منهم عن زمان تحلّ الشهادة بأن كان ذلك عامّاً أو شهراً أو يوماً أو غدوة أو عشية ، وعمن كتب شهادته معه وأنه كتب بحبر أو مداد ونحو ذلك ليستدل بذلك على صدقهم إن اتفقت كلمتهم ، وإذا لم تتفق كلمتهم وقف عن الحكم وسقطت شهادتهم ، ويستحب للقاضي أن يعطى الشهود إن اتفقوا في شهادتهم فيحدثهم ويخوفهم من شهادة الزور عسى أن يرعّوا وينزجروا فيفهموا إلى قول الصدق ، وذلك كأن يذكرهم - مثلاً - بحديث رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بأكبر الكبائر ؟ » ثلاثاً . قالوا : بلى يا رسول الله . قال : « الإشراف بالله وعقوق الوالدين » قال - وجلس وكان متكئاً - : « ألا وقول الزور » فما زال رسول الله ﷺ يكررها حتى قلنا : ليتنا سكّت (2) . وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام - لما ذكر عنده الكبائر - : « الشرك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وشهادة الزور » أو قول الزور (3) .

وكذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه صلى صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال : « عدلت شهادة الزور بالشرك بالله » ثلاث مرات ، ثم تلا هذه الآية ﴿ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ﴾ (4) حُفَّتْ لَهِ عَيْنٌ مُشْرِكِينَ يَدُ ﴿ (4) . فإن أصبروا على شهادتهم أو على عدم التفرق وجب على القاضي أن يحكم إذا

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 405) والمجموع (ج 20 ص 136) .

(2) أخرجه البيهقي عن أبي بكر (ج 10 ص 121) .

(3) أخرجه البيهقي عن أنس بن مالك (ج 10 ص 121) .

(4) أخرجه البيهقي عن خريم بن فاتك الأسدي (ج 10 ص 121 ، 122) وأبو داود (ج 3 ص 305) . سورة

الحج الآية (30) .

وجدت شروط القضاء (1).

الحكم بعد تمام الدعوى

لا يحكم القاضي على أحد من الخصوم حتى يسمع تمام الدعوى من المدعي ، فإذا فرغ من دعواه سأل القاضي المدعى عليه فيما ادعى فيه خصمته من الحق ويأمره بالجواب ، فإن أقر بما ادعى به عليه أمر القاضي الشهود الحاضرين عنده بالشهادة عليه وكتابة الإقرار خشية أن يجحد المقر ، فإن أنكر أمر القاضي المدعي بإقامة البينة عليه ، فإن أقامها سمعها القاضي وأعذر للمدعى عليه فيها بقوله له : هل عندك من يجرح تلك البينة ؟ فإن أقام بينة تشهد بجرحها أمره أن يأتي بغيرها وإن عجز عن إقامة البينة طلب من المدعى عليه أن يخلف اليمين ، فإن لم يجب لا بالإقرار ولا بالإنكار بل سكت أو قال : لا أحاصمه كان للقاضي أن يجبسه ويؤذبه بما يراه كالضرب أو غيره وذلك حتى يقر أو ينكر ثم يحكم عليه بعد ذلك بلا يمين من المدعي .

وجملة ذلك : إذا حرر المدعي دعواه كان للحاكم أن يسأل خصمته الجواب قبل أن يطلب منه المدعي ذلك فيقول لخصمه : ما تقول فيما يدعيه ؟ فإن أقر لزمه ، وليس للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة المقر له ؛ لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقة (2) ، وفي ذلك روى البيهقي عن وائل بن حجر (رضي الله عنه) قال : كنت عند النبي ﷺ ، فأتاه رجلان يختصمان ، فقال أحدهما : إن هذا انتزى (3) على أرضي في الجاهلية - وهو امرؤ القيس بن عباس الكندي وخصمه ربيعة - وقال الآخر : هي أرضي أزرعها . قال : « ألك بينة ؟ » قال : لا . قال : فلك بينة ، قال : إنه ليس ليالي ما خلف عليه . قال : « ليس لك فيه إلا ذلك » قال : فلما ذهب ليخلف قال : « أما إنه إن خلف على ماله ظلما ليلقن الله عز وجل وهو عليه غضبان » (4) .

وكذلك أخرج البيهقي عن علي (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف ترى كيف تقضي » قال : فما زلت بعد قاضياً (5) .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 405 ، 406) والمجموع (ج 20 ص 137 ، 138) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 496) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 200) والمغني (ج 9 ص 86) ومغني المحتاج (ج 4 ص 401) .

(3) انتزى : انتزى على الشيء : أخذه ، انظر المعجم الوسيط : مادة (ن ز و) .

(4 ، 5) البيهقي (ج 10 ص 137) .

شهادة المعينين

يحرم على القاضي أن يتخذ شهوداً معينين بحيث لا يقبل غيرهم ؛ لما في ذلك من تضيق على الناس وإضرار بهم في حفظ حقوقهم ؛ ولأن شروط الشهادة لا تختص بالشهود المعينين فلم يُجْزَ تخصيصهم بالقبول ، فإنه قد يتحسّل الشهادة غيرهم ، فإن لم يُقبل شهادة غيرهم ضاع الحق ؛ فقد قال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ⁽¹⁾ لكنه إن عين شهوداً وقبل غيرهم لم يُخْزَم ولم يُكْزَرْ كما قاله الماوردي ، وإذا شهد شهودٌ عند القاضي فعرف فيهم عدالة أو فسقا عَمِلَ بعلمه فيهم ، فإنه يُقبل من عرف عدالته ولم يحتج إلى تعديل ويرد من عرف فسقه .

وعلى هذا فليس للحاكم أن يُرتّب شهوداً لا يُقبل غيرهم ، فإن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبّين ، فمتى ادّعى إنسان شهادة غير الذين رتبهم القاضي وجب عليه (القاضي) سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ولا يجوز ردّهم لكونهم من غير المرتبين فإن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ⁽²⁾ .

نقض القضاء

إذا اجتهد القاضي فحكم ثم بان له أنه أخطأ في هذا الحكم ، فإن كان خطؤه لمخالفة دليل مقطوع به كالنص والإجماع والقياس الجلي ، أو بان له حصول الحكم بمن لا يُقبل شهادته - فإنه يُنْقَضُ حكمه ليقن الخطأ فيه ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَإِنِ أَحْكَمَتَّ بَيْنَهُمْ يَأْتِ رَبُّكَ بِالْحُكْمِ ﴾ ⁽³⁾ فإذا كان الحكم ليس على ما أنزل الله وجب نقضه . ويقول عمر (رضي الله عنه) : ردّوا الجهالات إلى السنة ، وكتب إلى أبي موسى الأشعري : لا بمنك قضاء قضيت بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماسي في الباطل ⁽⁴⁾ .

ولأن القاضي أو الحاكم قد فُرض في حكمه ، فهو غير معذور فيه ، فوجب نقضه ، ولو تغيّر اجتهد القاضي أو الحاكم قبل الحكم فإنه يحكم بما تغيّر إليه اجتهاده ، ولا يجوز له أن يحكم باجتهاده الأول ؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل .

(1) سورة الطلاق الآية (2) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 403) والجموع (ج 20 ص 133) والمغني (ج 9 ص 71) .

(3) سورة المائدة الآية (49) .

(4) الدارقطني (ج 4 ص 206) .

ولو ولي قضاء بلد وكان القاضي قبله لا يصلح للقضاء فإنه يَنْقُضُ أحكامه كلها سواء أصاب فيها أو أخطأ ؛ لأنه حكمٌ ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الوعيّة ، ولأن حكمه غير صحيح وقضائه كعدمه (لا قضاء) ؛ وذلك لعدم تحقق شرط القضاء فيه ، وليس في نقض قضائيه نقض للاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأن الأول ليس اجتهدا . أما إن كان من قبله يَصْلُحُ للقضاء فما وافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتابا ولا سنة ولا إجماعا لم يَجُزْ نقضه ⁽¹⁾ .

وجملة ذلك : أن الحاكم إذا رفعت له قضية قد قضى فيها حاكمٌ سواه فإن له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه - إن كانت قضية قضى فيها هو - فإنه إن كان الخطأ مخالفا لكتاب أو سنة أو إجماع وجب نقضه ، وهو قول الشافعية والحنابلة وكذا الحنفية في جملة قولهم ؛ إذ قالوا :

إذا رُفِعَ إلى القاضي حكمٌ حاكم : أمضاه ، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، فلو تقدم رجلٌ إلى قاضٍ وقال : حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا ؛ فإنه ينفذه إن لم يكن مخالفاً للكتاب الحكيم كالحكم بجعل أم الزوجة فهو حكمٌ باطلٌ ولا يجوز تنفيذه ؛ لقوله تعالى : ﴿ سَمِعَتْ عَلَيْكُمْ أَيْمَانَكُمْ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وَأَمَنتُ بِسَائِمِكُمْ ﴾ ⁽²⁾ .

أو كان مخالفاً للسنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد النكاح (المقد) من غير وطء الزوج الثاني لها ؛ لما ثبت من اشتراطه في حديث العسيلة ، فلا يجوز تنفيذه ، وكذلك إن خالف حديث « البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر » ⁽³⁾ بأن قضى بشاهد ويمين فلا ينفذ .

أو كان مخالفاً للإجماع ، فإنه لا مساعٍ للاجتهاد فيما خالف الإجماع ، كاجتهاد ابن عباس في جواز بيع الدرهم بالدرهمين فلم يَقْبَلْهُ منه الصحابة ، فلو قضى به قاضٍ لا ينفذ حتى يروى أنه رَجَعَ عنه .

وجملة ذلك : أن القاضي يُنْقِذُ ما صدر عن قبله من حكم إلا إن خالف نصاً قاطعاً أو إجماعاً أو كان حكماً لا دليل عليه كما إذا مضى على الدّين سنون فتحكم بسقوط

(1) مني المحتاج (ج 4 ص 397) والمغني (ج 9 ص 56 - 58) والأوتار (ج 2 ص 633) .

(2) سورة النساء الآية (23) .

(3) الحديث رواه الدارقطني (77/3) برقم (3165) وصححه الألباني في إرواء الغليل (279/8) برقم (2661) .

الدين عن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا يوجد دليل شرعي يدل على ذلك ⁽¹⁾ .
 أما من حيث خطأ القاضي في الحكم فقالوا : إذا أخطأ القاضي في قضائه بأن ظهر له أن الشهود غير مؤهلين للشهادة كما لو كانوا محدودين في قذف فإنه لا يؤخذ بالضمان ؛ لأنه قضى لغيره ولم يقض لنفسه فكان في ذلك بمنزلة الرسول فلا تلحقه بذلك مسؤولية (عقبة) على أنه إذا كان المقضي به من حقوق العباد وكان مالا وهو قائم لزمه رده على القاضي عليه ؛ لأن قضاءه وقع باطلاً ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده ؛ وذلك للخبر : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ⁽²⁾ . ومن المعقول ، أن المقضي به عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به ، أما إن كان هالكاً فالضمان فيه على المقضي له ؛ لأن القاضي قد غبل له فكان خطؤه عليه وذلك بمقتضى قاعدة « الخراج بالضمان » ⁽³⁾ ولأنه إذا غبل له كان هو الذي فعل بنفسه .

أما إذا كان المقضي به حقاً ليس بمال كالطلاق والعتاق فقد بطل ؛ لأنه تبين أن قضاءه كان باطلاً وأنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك ؛ لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان ، وذلك إذا كان المقضي به من حقوق العباد ، أما إذا كان من حق الله (عز وجل) وكان خالصاً فضمائه في بيت المال ؛ لأن القاضي عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم فيؤدى من بيت مالهم ولا يضمن القاضي ولا الجلاذ ؛ لأنه عمل بأمر القاضي ⁽⁴⁾ .

وقالت المالكية في نقض القضاء بما يشبه قول الحنفية في الجملة ؛ إذ قالوا : ليس للقاضي ولا لغيره أن ينقض الحكم ، سواء كان حكمه أو حكم غيره إلا إن خالف نصاً قاطعاً أو كان مجزواً صريحاً فيجب عليه نقضه هو أو غيره ممن ولي بعده .

وعلى هذا إذا أصاب الحاكم لم يُنقض حكمه أصلاً ، وإن أخطأ ففي ذلك أربعة أوجه هي :

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 300 ، 301) .

(2) الحديث رواه الترمذي (566 / 3) برقم (1266) وقال : حسن صحيح وأبو داود (822 / 4) برقم (3561) وابن ماجه (802 / 2) برقم (2400) وأحمد (8 / 5) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 158) .

(3) الحديث أخرجه الترمذي (582 / 3) برقم (1286) وقال : حسن صحيح ، وأبو داود (777 / 3) برقم (3508) والنسائي (254 / 7) برقم (4490) وابن ماجه (754 / 2) برقم (2243) وأحمد (49 / 6) . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 636) .

(4) البدائع (ج 7 ص 16) .

الوجه الأول : أن يحكم القاضي بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فينقض (القاضي) حكم نفسه بذلك وينقضه القاضي الذي تولى بعده ، ويلحق بذلك ما كان حكماً بقول شاذ .

الوجه الثاني : أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهد فينقضه أيضاً هو أو من يلي بعده .

الوجه الثالث : أن يحكم بعد الاجتهاد ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حكم به ، فليس لمن يلي بعده أن ينقضه ، أما هو هل ينقضه بعد ما استبان له الصواب في خلاف ما حكم به ؟ ثمة خلاف في المذهب في ذلك .

الوجه الرابع : أن يغفل أو ينسى فيحكم بمذهب غير مذهبه ، فله أن ينقضه دون غيره من القضاة ⁽¹⁾ .

عقوبة شاهد الزور

لا يشهد الزور إلا خاطئ أليم ، فمن شهد الزور بآء بالخطيئة والفسق ورودت شهادته ؛ لأن الزور من الكبائر ، يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود عن خريم بن فاتك الأسدي قال : صلى رسول الله ﷺ صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال : « عُذِلْتُ شهادة الزور بالإشراك بالله » ثلاث مرار ثم قرأ : ﴿ فَاجْتَنِبُوا الزِّيْضَ مِنَ الْأَوَّلَيْنِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّوْرِ ۖ حُفَّتْ لِّلَّهِ عَيْنٌ مُّشْرِكِينَ يَدُ ۖ ۝ (2) .

وتثبت شهادة الزور من ثلاثة أوجه ؛ هي :

الوجه الأول : أن يقرّ الشاهد بأنه شهد زوراً .

الوجه الثاني : أن تقوم بينة على أنه شاهد زور .

الوجه الثالث : أن يشهد بما يقطع بكذبه .

وذلك كما لو شهد على رجل أنه قتل أو زنا في وقت معين في موضع معين ، وكان المشهود عليه في ذلك الوقت في بلد آخر ، أما إذا شهد بشيء أخطأ فيه فلا يكون شاهداً

(1) أسهل المداوك (ج 3 ص 203 ، 204) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 343 ، 244) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 305 ، 306) . سورة الحج الآية (30) .

زور ؛ وذلك لسلامة نيته إذ لم يقصد الكذب بشهادته .

وإذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الإمام أن يُعزّره : قتل ، والإمام في ذلك يقرّر له من العقوبة ما يرى أنها رادعة له ولغيره ، فله أن يُعزّره بالضرب أو الحبس أو الزجر أو التغميم بالمال ، وإن رأى الإمام أن يُشهر به في الأسواق وفي المسجد وبين الناس فعل ، أو أن يطاق به في الشوارع والأزقة وينادي عليه بأنه شاهد زور ؛ لإظهار أمره ورذع غيره⁽¹⁾ .

وجملة القول : أن شهادة الزور من أكبر الكبائر ، وشاهد الزور يلزم تعزيّره عند أكثر العلماء ؛ إذ قالوا بوجوب عقابه وتأديبه على أن تأديبه غير مقدّر في الشرع بعقوبة معلومة وإنما هو مفوّض إلى رأى الحاكم ، فإن رأى أن يعاقبه بالجلد تجلّده ، وإن رأى بالحبس حبسه ، وإن رأى أن يكشف رأسه ويهينه ويؤبّخه فعل ذلك .

على أن الجلد موضع خلاف من حيث عدد الجلادات فقليل : لا يزيد على عشر جلادات ، وقيل : لا يزيد على تسع وثلاثين جلدة ؛ كيلا يبلغ أدنى الحدود ، وقيل : خمس وسبعون جلدة ، وقيل : غير ذلك على الخلاف⁽²⁾ .

(1) المجموع (ج 20 ص 231 ، 232) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 336) والمغني (ج 9 ص 260) .

(2) المغني (ج 9 ص 260) .

الاستخلاف

الاستخلاف : اتخاذاً الخليفة ، واستخلفه : جعله خليفته من بعده .

وفي القضاء يجوز للقاضي أن يستخلف من يساعده في القضاء ، فالقاضي الأول مستخلف - بكسر اللام - والقاضي الثاني مستخلف - بفتح اللام - وذلك إذا اتسع بلد القاضي فكثرت القضايا وازداد العمل ، ذلك الذي عليه أكثر أهل العلم في الجملة ⁽¹⁾ ، ولهم في ذلك تفصيل ، نعرض له في هذا البيان :

مذهب الحنفية

قالت الحنفية : ليس للقاضي أن يستخلف أحداً للقضاء بعذر أو بغير عذر إلا أن يفوض إليه الإمام ذلك ، فإن فوضه جاز له أن يستخلف ، كما أنه إذا صرح له بالمنع لزمه الامتناع من التفويض ؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ؛ إذ ليس له (الوكيل) أن يوكل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة ؛ إذ يجوز له أن يستخلف ؛ لأن الجمعة على شرف الفوات لتوقيتها فكان الأمر بإقامتها إذاً بالاستخلاف دلالة ، وكذلك المستعير له أن يغير ما استعاره بشرطه ؛ لأنه (المستعير) يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها ، وذلك بخلاف ولاية القضاء فإنما هي إذن في أن يعمل لغيره ، وهذا مقتضى قولهم : من قام مقام غيره لغيره فليس له أن يقيم غيره مقام نفسه ، ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك وبخلاف الوصي أيضاً فإنه يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة كذلك ؛ لأن الوصية تثبت بعد الموت ، وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه بعد موت الموصي ، فتضمن الإيصاء الإذن بالاستخلاف دلالة ⁽²⁾ .

ولو فرضنا أن القاضي استخلف فقضى الثاني (المستخلف) - بفتح اللام - بمحض من الأول أو قضى الثاني عند غيبة الأول فأجازه الأول جاز قضاؤه إذا كان (الثاني) من أهل القضاء ، وذلك كما في الوكالة إذا وكل الوكيل غيره فنصرف بحضرته أو بغيته فأجازه ، نفذ تصرفه ؛ لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط فإنه المقصود بتوكيله . ولو فوض إليه الاستخلاف فإنه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل وهو السلطان

(1) مختار الصحاح (ص 186) .

(2) شرح فتح القدير (ج 7 ص 298 ، 299) .

حتى لا يملك الأول أن يعزله إلا إذا كان المقلد (الإمام) قال له : ولّ من شئت واستبدل من شئت ، فحيث يملك عزله أو قال : جعلتك قاضي القضاة ؛ فإن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً (1) .

وجملة ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يستخلف غيره على القضاء بعذر أو بغيره إلا أن يفوضه الإمام ذلك فإن فوضه جاز له أن يستخلف .

مذهب الشافعية

قالت الشافعية : يُذنب للإمام إذا ولى قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف ؛ ليكون ذلك أسهل له وأسرع إلى فصل الخصومات ، ويتأكد ذلك عند اتساع العمل وكثرة الرعية بما يزيد معه العدد في القضايا ، أما إن نهاه الإمام عن الاستخلاف فليس له أن يستخلف بل يقتصر على ما يمكنه من القضاء إن كانت توليته أكثر مما يستطيع ؛ وذلك لأن الذي قلده القضاء - وهو الإمام - لم يرض بنظرٍ غير نظره .

وعلى هذا إذا استخلف بعد نهيهِ عن الاستخلاف فلا يُنفذ حكمُ خليفته ، ولو عين له الإمام من يستخلفه وليس بأهل للقضاء فليس للقاضي أن يستخلفه لعدم أهليته ، وليس كذلك أن يستخلف غيره لعدم الإذن .

ولو أطلق الإمام الولاية لشخص ، ولم يُنهه عن الاستخلاف ، ولم يأذن له فيه ، وهو لا يُقدّر إلا على بعض القضاء ، استخلف فيما لا يقدر عليه ؛ وذلك لحاجته إليه ، لا في غيره - وهو ما يقدر عليه - لأن قرينة الحال تقتضي ذلك (2) .

ولو أذن له الإمام في الاستخلاف ، وعمم ، أو أطلق ، جاز له أن يستخلف في العام والخاص والمقدور عليه ، أما إن خصصه بشيء فليس له أن يتعمده .

وشرط المستخلف - بفتح اللام - كالقاضي في شروطه السابقة ؛ لأنه (المستخلف) قاض ، ويستثنى من تشبيهه بالقاضي ما لو استخلف شخصاً في أمر خاص كسماع بينة ، فيكفي علمه بما يتعلق به (سماع البينة) ولا يُشترط فيه رتبة الاجتهاد .

وحيث جاز الاستخلاف فإنه لا يُشترط التقيد بمذهب المستخلف - بكسر اللام -

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 299) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 377 ، 378) .

فلو امتخلف شافعي مخالفاً له في المذهب أو العكس جاز على المشهور .

على أن الخليفة (المستخلف) يحكم باجتهاده إن كان مجتهداً أو باجتهاد من استخلفه إن كان الخليفة مقلداً - بكسر اللام - حيث ينفذ قضاء المقلد ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ ⁽¹⁾ والحق ما دل عليه الدليل عند المجتهد فلا يجوز أن يحكم بغيره ، والمقلد ملحق بمن يقلده ؛ لأنه إنما يحكم بمعتقده ، فلذلك أجرى عليه حكمه ⁽²⁾ .

(1) سورة ص الآية (26) .

(2) مني المحتاج (ج 4 ص 378) .

الْحَبْسُ

الحبس : معناه المنع . والإمساك ، وهو ضد التخليط . والحبس : الموضع الذي يُحبس فيه ، والحبس يكون سجنًا ويكون فعلًا كالحبس فهو محبوس وحبيس (1) .

والحبس من أحكام القضاء وهو مشروع بالكتاب بقوله تعالى عن المحاررين : ﴿ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ (2) والمراد بالنفي هنا الحبس (3) ولم يكن في عهد النبي ﷺ وأي بكر سجن وإنما كان يُحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتري عمر (رضي الله عنه) دارًا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه حبسًا ، وقيل : لم يكن في زمن عمر ولا عثمان حتى بناء علي (رضي الله عنه) وهو أول سجن بُني في الإسلام ، وقيل : إن عليًا بنى سجنًا من قصب فنقّبهُ للصوص وتسبب الناس منه ، ثم بنى سجنًا من مدر فسماه مُحَيَّسًا ، والمُحَيَّس : هو السجن سُعي بذلك ؛ لأن المحبوس يُحَيَّس فيه وهو موضع التذليل ، نقول : يُخاس أنفه أي يُزعم ويدل . وخيسه تخييسًا : دُلّه (4) .

وجملة ذلك : أن القاضي يُستحب له أن يتخذ سجنًا لحاجته إليه للتأديب والاستيفاء الحق من الماطل ، ومن أحكام المحبوس : أن لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلًا بنفسه ؛ وذلك لأن السجن إنما شرع للتضييق عليه فيسارع لقضاء ما عليه ؛ ولهذا قالوا : ينبغي أن يكون السجن موضعًا تحيئًا ليس فيه شيء من أسباب الترفيه أو التنشيط ، وقيل : يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد ولا يخرج لغيرهم ، وإذا مرض المحبوس لزم تمريطه وإن أدى ذلك إلى خروجه ؛ لأنه لا يجوز أن يُفضي الدين إلى التسبب في هلاكه .

ولو احتاج إلى الجماع تدخل عليه زوجته فيطؤها حيث لا يطلع عليه أحد ، وقيل : يُمنع ؛ لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية ، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه ؛ لأن ذلك قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ، ويمتنعون من طول المكث (5) .

(2) سورة المائدة الآية (33) .

(1) تاج العروس (ج 4 ص 124) .

(3) شرح فتح القدير (ج 7 ص 277) .

(4) تاج العروس (ج 4 ص 144) والمجموع (ج 20 ص 133) وشرح فتح القدير (ج 7 ص 278) .

(5) شرح فتح القدير (ج 7 ص 278) .

ولو طلب المدعي من القاضي أن يحبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به حتى إحضار بيئته البعيدة لم يقبل القاضي منه ذلك ، وليس للمدعي ملازمة خصمه المدعى عليه ؛ لأنه لم يُبَيَّنْ له قِيْلُهُ حَقٌّ يُحْبَسُ به ، ولا يقيم به كفيلًا ، ولأن الحبس عذاب ، فلا يلزم معصومًا لم يتوجه عليه حق ، ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق ، أما إن كانت بينة المدعي قريبة فله ملازمة المدعى عليه حتى تُحْضَرَ بيئته (المدعي) ؛ لأن ذلك من ضرورة إقامتها ، فإنه لو لم يتمكن من ملازمة المدعى عليه لذهب من مجلس الحاكم ولا تقوم البينة إلا بحضوره .

وذلك بخلاف البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إلى ذلك .

وهو قول الخنابلة ⁽¹⁾ وكذا الحنفية في الجملة ؛ إذ قالوا : إذا تَبَيَّنَ الحقُّ عند القاضي وطلب صاحبه حبسَ غريمه لم يُعْجَلِ القاضي بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه ؛ لأن الحبس جزاء الماطلة ؛ وذلك للخبر : « لَيْ يَ الْوَاجِدُ يُجَلُّ عِرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ » ⁽²⁾ .

وقُفِّرَ إحلالُ عرضه بإغلاظ القول له ، وعقوبته بالحبس ، فلا بد من ظهور الماطلة ، ولا تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار وإنما تظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع ، أما إذا ظهر الحق بالبينة فإن القاضي يحبس لظهور الماطلة باتكاره ، فإن امتنع بعد أمره بقضاء ما عليه حبسه القاضي في كلِّ ذَنْ لَرَمَه عن مالي حصل في يده كالقرض وثمان المبيع ، أو التزمة بعقد الكاهر - المعجل منه أو المؤجل - وكذا الكفالة ، ولا يحبس فيما سوى ذلك ⁽³⁾ .

ويحبس الرجل في نفقة زوجته ؛ لأنه ظالم بالامتناع وذلك إذا قَرَضَ القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطالحا على مقدار ولم يُثَبِّقْ عليها ورفعت إلى الحاكم ذلك فإنه يحبس ؛ لظهور ظلمه بالامتناع ، ولا يحبس والد في دين ولده ؛ لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحلِّد والقصاص ، وكذا لا يُحَدُّ له إذا قذفه ولا يُقْتَصُّ منه إذا قتل ، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يُحْبَسُ ، وكذا كلُّ من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق لَرَمَ حبسه إلى أن ينفق ؛ لأن في ترك الإنفاق هلاكًا لمن تجب نفقتهم ،

(1) للمخني (ج 9 ص 225) .

(2) الحديث رواه أبو داود (45/4) برقم (3628) وابن ماجه (811/2) برقم (2427) والنسائي (316/7) برقمي (4689 و 4690) وأحمد (222/4) وحسنه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (56/2) برقم (1970) وانظر الجامع

(3) شرح فتح القدير (ج 7 ص 278 ، 279) .

الصغير للسيوطي (ج 2 ص 474) .

ويجوز أن يُحبس الوالد إذا قصد إهلاك ولديه ؛ لأنه لا يمكن التدارك ؛ لسقوط النفقة بمضي الزمان ، بخلاف الدَّين ؛ فإنه لا يَشْقُطُ (1) .

ما يخرج به القاضي عن القضاء .

يُخْرِجُ القاضي عن القضاء بعزله أو انزاله . ويتحقق ذلك بجملة أمور نعرض لها في هذا التفصيل :

أولاً : الجنون الطَّبِيق :

فإذا أُطِيقَ جنونه لَزِمَ عزله ، أما إن تَقَطَّعَ جنونه فإنه ينظر : إن كان زَمَنُ الإفاقة أكثر بحيث يمكنه فيه القيام بفصل الخصومات وأمور القضاء فلا يعزل ولا فإنه يلزم عزله ، ويلحق بذلك الإغماء ، فإن المغمى عليه غير مؤهل لولاية شيء فكيف بولاية القضاء ، وهو في ذلك أشبه بالجنون (2) .

ثانياً : العس :

فإذا عَمِيَ القاضي لزم عزله ؛ لعدم قدرته على التمييز بين المتخاصمين ، وقد بينا سابقاً أن البصر من شروط القضاء ، وكذا النطق ، والسمع وعلى هذا إن أصاب القاضي خَرَسٌ أو صَمَمٌ غُزِلَ (3) .

على أنه يستثنى من عدم نفوذ قضاء الأعمى ما لو سمع البيئة وتعديلها ثم عمي بعد ذلك فإن قضاءه يَنْفَذُ في تلك الواقعة فكأنه إنما انعزل بالنسبة إلى غير هذه الواقعة (4) .

ثالثاً : الخروج عن العملية الضبط والاجتهاد :

وذلك بأن اجتاحت نسياناً أو غفلة فذهب بذلك ضبطه واجتهاده فإنه يُغْزَلُ ولم ينفذ له حكم ، وهو قول الشافعية والمالكية ؛ إذ اشترطوا القدرة على الاجتهاد لتولي منصب القضاء بخلاف الحنفية (5) .

(1) شرح فتح القدير (ج 7 ص 285) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 380) والأُنوار (ج 2 ص 616) والبدائع (ج 6 ص 38) وأسهل المدارك (ج 3 ص 197) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 380) والأُنوار (ج 2 ص 616) وأسهل المدارك (ج 3 ص 196) .

(4) مغني المحتاج (ج 4 ص 380) .

(5) مغني المحتاج (ج 4 ص 380) والأُنوار (ج 2 ص 616) وأسهل المدارك (ج 3 ص 197) .

رابعاً : المرض المعجز عن النهوض والحكم :

فإن اجتاحت القاضي مرضٌ أعجزه عن النهوض للقضاء وأعجزه كذلك عن الحكم لزم عزله إذا كان لا يُؤجى زوال المرض ، فإن كان يُرجى زواله أو كان عاجزاً عن النهوض دون الحكم لم ينعزل وهو قول الماوردي (3) .

خامساً : إذا أنكر القاضي كونه قاضياً فإنه ينعزل :

ومحل ذلك ما لو تعمّد الإنكار وليس له غرض في الإخفاء ، أما لو أنكر الإمام كونه قاضياً لم ينعزل (2) .

سادساً : ظهور الفسق :

فلو فسق القاضي لم ينفذ حكمه ولزم عزله ، وهو قول الشافعية في الأصح من مذهبهم ، وكذا المالكية فقد اشترطوا حصول العدالة لتولي القضاء ، على أن ذلك في غير قاضي الضرورة ، أما قاضي الضرورة إذا ولاه ذو شوكة ، والقاضي فاسق فلا ينعزل (3) .

أما الحنفية فلم يشترطوا العدالة لتولي القضاء ؛ إذ قالوا : ليست العدالة بشرط لأهلية القضاء كما ليست بشرط لأهلية الشهادة ، وعلى هذا قالوا : لا ينعزل القاضي بأخذ الرشوة في الحكم ، لكنه يستحق العزل فيعزله الإمام ويعزّزه ، وقال بعضهم في المذهب : ينعزل (4) ، وذلك بخلاف القائلين باشتراط العدالة فإن أخذ الرشوة على الحكم يوجب عندهم عزله .

ولو زالت هذه الأعراض السابقة من جنون وإغماء وعمى وخرس وصمم وفسق وغير ذلك من الموانع لم تُعد ولايته للقضاء إلا بتولية جديدة ، في الأصح من مذهب الشافعية .

وذلك كالوكالة ولأن الشيء إذا بطل لم ينقلب إلى الصحة بنفسه وإن زال المانع وذلك كالبيع إذا صار باطلاً لا ينقلب صحيحاً إلا بعقد جديد .

وفي قولهم الثاني : تعود الولاية من غير استئناف تولية ، وذلك كالأب إذا مجّن ثم أفاق أو فسق ثم تاب عادت ولايته .

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 380) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 381) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 381) والأنوار (ج 2 ص 616) وأسهل المدارك (ج 3 ص 197) .

(4) البدائع (ج 7 ص 16 ، 17) .

سابقاً :

يجوز للإمام أن يعزل قاضياً ظهر منه خللٌ يُوجبُ عزله ، ويكفي في ذلك غلبةُ الظن ، ومن الظن كثرةُ الشكاوى ، ويستثنى من ذلك ما لو كان القاضي متعيناً للقضاء فإنه لا يجوز عزله ولو عزله لم ينعزل ، أما ظهورُ خللٍ يقتضي انعزاله فلا يحتاج فيه إلى عزل ؛ لأنه يصير بهذا الخلل منعزلاً (1) .

ثامناً :

للإمام أن يعزل القاضي أيضاً ولو لم يظهر منه خللٌ إن كان هناك من هو أفضلُ منه تحصيلاً لتلك المزية للمسلمين ، ولا يجب ذلك ، أو كان هناك مثله أو دونه ولكن في عزله مصلحةٌ للمسلمين (2) كتسكين فتنة ، وإذا لم يكن في عزله مصلحةٌ للمسلمين فلا يجوز عزله ؛ لأنه عبث ، ويصان تصرفُ الإمام عن العبث ، وهذا القيدُ في المثل لا في الأفضل ، على أنه ينفذ العزلُ في الأصح من مذهب الشافعية مراعاةً لطاعة الإمام ، وفي قولهم الثاني لا ينفذ ؛ لأنه لا خللٌ في الأول ولا مصلحةٌ في عزله ، أما إذا لم يوجد هناك من يصلحُ للقضاء غيره فلا ينعزل (3) .

على أن القاضي لا ينعزل قبل بلوغه خبرُ عزله ؛ وذلك لعظم الضرر في نقض أفضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر ، ولو علم الخصم أنه معزولٌ لم ينفذ حكمه له لعلمه أنه غيرُ حاكمٍ باطناً (4) .

ولو وليَ السلطان قاضياً يبلد فحكم ذلك القاضي ولم يعلم أن السلطانَ ولّاه فإن الظاهر في مذهب الشافعية عدمُ نفاذ حكمه ؛ وذلك لاشتراط القبول من القاضي عند التولية (5) .

وإذا علق الإمام عزلَ القاضي بقراءة كتاب ، كما لو كتب إليه الإمام : إذا قرأت كتابي فأنت معزول ، فقرأه انعزل ؛ وذلك لوجود الصفة ، وكذا لو طأله وقهم ما فيه ولم يلفظ ، وكذا إذا قرئ عليه في الأصح من مذهب الشافعية ؛ لأن القصْد هو إعلامه بالعزل لا قراءته بنفسه ، وفي قولهم الثاني : لا ينعزل نظرًا إلى صورة اللفظ ، ولو كتب إليه : عزلك أو أنت معزولٌ من غير تعليق على القراءة لم ينعزل ما لم يأتيه الكتاب (6) .

(1 - 3) مغني المحتاج (ج 4 ص 381) والأنوار (ج 2 ص 616) .

(4) مغني المحتاج (ج 4 ص 382) والأنوار (ج 2 ص 616) والبدائع (ج 7 ص 16) .

(5) مغني المحتاج (ج 4 ص 382) والأنوار (ج 2 ص 617) .

(6) مغني المحتاج (ج 4 ص 382) .

تاسعا : الموت :

فإن القاضي يعزل بموته ، وكذا نائبه المقيّد وهو كلّ من أُذن له في شغل معين كبيع مال ميت أو غائب أو سماع شهادة في حادثة وغير ذلك من القضايا الجزئية كالوكيل . والمراد إذا علم بذلك ؛ أما نائبه المطلق فالأصح أنه يعزل بموت القاضي لما ذكر ، وهذا إذا لم يؤدّن له في الاستخلاف أو قال له الإمام : استخلف عن نفسك أو أطلق له الاستخلاف لظهور غرض المعاونة ، وبطلانها بتبطل ولايته ⁽¹⁾ .

ولا يعزل قاضٍ غيره من ولي أمرًا عامًا كوكيل بيت المال بموت الإمام ؛ وذلك لشدة الضرر في تعطيل الحوادث والقضايا ، فالإمام يستيب القضية في حقوق المسلمين فلم يعزلوا بموته (الإمام) ، أما خليفة القاضي فإنه يعزل بموته (القاضي) ؛ لأن القاضي يستيب خليفته في حق نفسه فانهزل بموته ، وعلى هذا الأساس يجوز للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب ، ولا يجوز للإمام أن يعزل القاضي بغير موجب ⁽²⁾ .

وبعد انعزال القاضي لا يُقبل قوله : كنتُ حكمتُ هكذا لفلان إلا بيينة ؛ لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ فلا يملك الإقرار ، أما لو انعزل بسبب العمى فإنه يُقبل منه ذلك ؛ لأنه إنما انعزل بالعمى فيما يحتاج إلى الإبصار .

وقوله : حكمت عليك بكذا : لا يحتاج إلى ذلك ، أما إن شهد مع آخر بحكمه لم يقبل على الصحيح من مذهب الشافعية ؛ لأنه يشهد بفعل نفسه ، وفي قولهم الثاني : يقبل ⁽³⁾ .

ويقبل قول القاضي قبل عزله : حكمت بكذا ؛ وذلك لقدرته على إنشاء حينئذ بخلاف ما لو قاله على سبيل الإخبار فلا يقبل قوله ، هذا إن كان القاضي في محل ولايته ، أما إن كان في غير محل ولايته فهو كمعزول في أنه لا ينفذ حكمه ؛ لعدم قدرته على إنشاء إذ ذاك ، ويُراد بمحل ولايته بلد قضائه ⁽⁴⁾ .

ولو ادعى شخص على معزول أنه أخذ ماله برشوة ، أي على سبيل الرشوة ، أو بشاهدين غير مؤهلين للشهادة أي ممن لا تُقبل شهادتهم وأعطاه لفلان وهو يعتقد أنه لا

(1) معنى المحتاج (ج 4 ص 382 ، 383) .

(2) معنى المحتاج (ج 4 ص 383) والبدائع (ج 7 ص 16) .

(3) معنى المحتاج (ج 4 ص 383) والأنوار (ج 2 ص 617) .

(4) معنى المحتاج (ج 4 ص 384) .

تجوز شهادتهما فإنه (القاضي) يُخْضَرُ وتُفْضَلُ خصومتُهما كما لو ادّعى عليه غصباً ، وذلك لتعمُّد إثبات ذلك بغير حضوره ، وله أن يُوكَّل ولا يحضر ، وإذا حضر ، فإن أقيمت عليه بينة أو أقرَّ بحُكْم عليه ، وإلا صدَّق يمينه لعموم الخبر : « البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر » ⁽¹⁾ وقيل : يُصدَّق من غير يمين ؛ لأنه أمينُ الشرع فيصان عن التحليف ، وهذا فيمن عَزَلَ مع بقاء أهليته ، أما من ظهر فسقه وشاع مجزؤه وخيائنه فالظاهر أنه يُخْلَف قطعاً ، وهو قول الشافعية ⁽²⁾ ، وكذا المالكية في الجملة ؛ إذ قالوا : إذا اشتكى الناس القاضي فكثرت شكايتهُم منه لفسقه ومجزؤه فإن الحاكم يَنْتَبِثُ من شكاياتهم فينظر حال القاضي من حيث عدله وفسقه ، فإن رأى أنه على الحق والصواب أقرّه ، وإن رأى أنه على الجور والباطل عزله ، وكذا نواب القاضي إذا شكاهم الناس فإن القاضي يسأل عنهم الثقات إذا لم تُعرف أحوالهم ، فإن ظهر أنهم على طريق الاستقامة أبقاهم وإلا عزلهم ⁽³⁾ .

ولو حضر إنسان إلى القاضي الجديد وتظلم من القاضي المعزول وطلب إحضاره إلى مجلس الحكم لم يادر القاضي الجديد بإحضاره ، بل يقول : ما تريد منه ؟ فإن ذكر أنه يدّعي عليه ديناً أو عيناً أحضره ، ولا يجوز إحضاره قبل تحقُّق الدعوى ؛ إذ قد لا يكون له حقٌّ وإنما قَصَدَ ابتذاله بالحضور ، ولو قال الشخص : حكم عليَّ القاضي المعزول بشاهدين ممن لا تُقبل شهادتهم - كفاسقين - وهو يعلم ذلك وأنا أطالبه بالعزم ولم يذكر رشوةً ولا مالا أخضِر القاضي المعزول ليجيب عن دعواه ، وقيل : لا يُخْضَرُ حتى يُقِيمَ المدعي بينة بدعواه ؛ لأن القاضي كان أمينَ الشرع ، فإن أحضر وادّعى عليه وأنكر بأن قال : لم أحكم عليه أصلاً أو لم أحكم إلا بشهادة مؤهلين للشهادة فإنه يُصدَّق بلا يمين في الأصح ؛ لأنه أمينُ الشرع فيصان منصبه عن الخلف والابتذال بالمنازعات ، وقيل : الأصح أن يُخْلَف اليمين لعموم الخبر : « واليمين على من أنكر » ⁽⁴⁾ .

* * *

(1) الحديث رواه الدارقطني (3 / 77) برقم (3165) وصححه الألباني في إرواء الغليل (8 / 279) برقم (2661) .

(2) مغني المحتاج (ج 4 ص 384) .

(3) أسهل المدارك (ج 3 ص 207) .

(4) مغني المحتاج (ج 4 ص 385) .

يقول الله تعالى : ﴿ فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَن يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ أُعْطِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٥٦﴾ وَمَا لَكُم لَا تَقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا ﴿٥٧﴾ الَّذِينَ آمَنُوا يقاتلون فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يقاتلون فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُوا أَوْلِيَاءَ الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفًا ﴿٥٨﴾ .

إلى غير ذلك من الآيات في هذه السورة وغيرها من السور مما تعلق بالجهاد من حيث أهميته وإيجابه على المسلمين وتحريضهم عليه ، ومن حيث الفوائد الجمّة التي تزول إليها هذه الفريضة العظيمة وما يتفرع عنها من أحكام ومسائل .
وبذلك ليكن موضوع بحثنا هنا في ضوء تلكم الآيات الكريمة : عن فريضة هامة وجليّة وعظيمة وهي :

الجهاد

والجهاد في اللغة معناه : المبالغة واستفراغ ما في الوسع والطاقة من قول أو فعل ، وفعله « جهد يجهد » من الجهد ، بالفتح والضم وهو الطاقة والوسع (1) .

والجهاد في الشرع هو : بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك ، أو المبالغة في ذلك (2) .

وعرفه ابن عرفة من المالكية على أنه : قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله ، أو حضوره له أو دخوله أرضه (3) .

والجهاد أو السير (4) فريضة هامة من فرائض الإسلام وقد احتل بيانه وذكره في القرآن متسعاً ظاهراً ، وكذلك في السنة المطهرة قد بين النبي ﷺ أهمية الجهاد ، وأنه مفروض

(1) لسان العرب (ج 3 ص 134 ، 135) .

(2) البدائع (ج 7 ص 97) وشرح فتح القدير ومعه العناية (ج 5 ص 436 ، 437) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 3) .

(4) السير : جمع ومفرده سيرة وهي تعني السنة والطريقة والهيئة ، وسميت بذلك ، لأنها تستلزم السير وقطع المسافة ، ولما فيها من بيان لطرق الفزاة وهيئاتهم مما لهم وعليهم : انظر القاموس المحيط (ج 2 ص 56) والبدائع (ج 7 ص 97) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 435) .

على المسلمين تَبَيَّنًا للظُروف وكيفية الأحوال التي تمر بالمسلمين .

أما الكتاب الحكيم ، فقد قرَّر باديء ذي بدء أن الجهاد سبيلُ الإسلام الأخير لإحقاق الحقِّ وإزهاق الباطل ، وفَضَّ المشكلات والقضايا وترسيخ قواعد العدل والخير والشر ، أما السبيل الأول الذي يعتمده الإسلام لذلك كُلُّهُ إنما هو الدعوة إلى الله على بصيرة ، وذلك في أسلوب هادئ كريم ، وفي طريقة حانية ودود مثلى تُقَرِّغُ الأذهانَ وتُشَيِّيرُ الوجدانَ وذلك في غير ما إعناتٍ أو فظاظَة ، ومن غير زَهَقٍ أو رَهَبٍ .

إن الإسلام في ذلك كُلِّهِ يعتمد الكلمة الطيبة المبنية على الفكر واليقين والموضوعية بعيدًا عن التعصُّب والحقد والكراهية ، والقرآن في ذلك يعبر عن المقصود أكرمَ تعبيرٍ إذ يقول : ﴿ آدَعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَدِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (1) .

إن الإسلام يعول أعظمَ تعويلٍ على منهجه الفَدِّ في خطابه للعقل والوجدان بما يثير الفطرة والحنان في غاية المنطقي الأوفى ، المنطق المُعَمِّم بالحقيقة الحافلة واليقين الراسخ ، وكذلك في غاية الرحمة التي يفيضُ بها الإسلام على البشرية كافة ، كل ذلك إنما يسبق أسلوب الحرب حيث القوة الرادعة والعنف الذي لا يخالطه لِيَن ، إنَّ سبيلَ الإسلام الأخير لإرساء قواعد الحقِّ والخير والعدل هو الجهاد ، وذلك إذا ما استنفذ الإسلام وسائله وأساليبه الأخرى المبنية على الفكر والبرهان والخلق الكريم ، إنه إذا استنفذ الإسلام وسائله وأساليبه في نشر الحقِّ وبثت الهداية فلا جرمَ أن يعول باهتمام ومبالغة على الجهاد ، وهو ما يَرِدُ في كثير من الآيات الكريمة في الكتاب الحكيم وذلك كقوله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا خُدُوا جُدْرَكُمْ فَأَنْفِرُوا فَبَاتٍ أَوْ أَنْفِرُوا جَمِيعًا ﴾ (2) .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ فَتَنَلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تَكُلْفُ إِلَّا نَفْسَكَ وَحَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَكُفَّ بَأْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَشَدُّ بَأْسًا وَأَشَدُّ تَنْكِيلًا ﴾ (3) .

أما السنة ، فمنها ما أخرجهُ أبو داود والنسائي عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : « جَاهِدُوا الْمُشْرِكِينَ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ وَأَلْسِنَتِكُمْ » (4) .

(1) سورة النحل الآية (125) .

(2) سورة النساء الآية (71) .

(3) سورة النساء الآية (84) .

(4) الحديث رواه أبو داود (22/3) برقم (2504) والنسائي (7/6) برقم (3096) . وانظر جامع الأصول

(ج 3 ص 183) .

وأخرج الترمذي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « عينا لا تمسهما النار : عين بكث من خشية الله ، وعين باتت تحرس في سبيل الله » (1) .

وأخرج البخاري ومسلم وأبو داود عن سالم مولى عمر بن عبيد الله أن رسول الله ﷺ قال : « يا أيها الناس لا تتمنوا لقاء العدو واسألوا الله العافية فإذا لقيتموهم فاصبروا ، واعلموا أن الجنة تحت ظلال الشيوف » ، ثم قال النبي ﷺ : « اللهم منزل الكتاب وفتح كربلاء ، هازم الأحزاب ، اهزمهم وانصرتنا عليهم » (2) .

حكم الجهاد في سبيل الله

الجهاد في سبيل الله فرض على المسلمين في الجملة ، وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَّكُمْ ﴾ لكن هذه الفريضة تحتمل ضربين ، نعرض لكل واحد منهما في هذا التفصيل :

الضرب الأول :

ما لو كان النفير (3) غير عام ، وذلك كما لو كان القتال مع العدو جزئياً إذ يقع القتال خارج أرض المسلمين ، أو في الثغور (4) ، فيستطيع المسلمون أن يردوا الأعداء فيدفعوهم ويشتكئوهم ، فيكون القتال في مثل هذه الحال فرض كفاية ، وذلك يعني أنه إذا قام فريق من المسلمين بأداء هذه الفريضة فقد سقطت عن باقي المسلمين جميعاً ، ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ لَا يَسْتَوِي الْقَائِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الْقَرْبَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَائِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى ﴾ (5) وهذا يدل على أن القاعدين غير آيين مع جهاد غيرهم .

فإنه لو كان الجهاد فرض عين في كل الأحوال لما وعد الله القاعدين الحسنى ، إذ يكون القعود حراماً .

(1) الحديث رواه الترمذي (150 / 3) برقم (1639) وقال : حسن . وانظر الترغيب والترهيب (ج 2 ص 248) .

(2) الحديث رواه البخاري (181 / 6) برقم (3125) ومسلم (1362 / 3) برقم (1742) وأبو داود (95 / 3) برقم (2631) . وانظر جامع الأصول (ج 3 ص 183) .

(3) النفير : القوم أو الجماعة من الناس يتقدمون للقتال ، انظر القاموس المحيط (ج 2 ص 151 ، 152) .

(4) الثغور : جمع ومفرده ثغر وهو ما يلي دار الحرب ، أو موضع الخفاقة من فروج البلدان ، انظر القاموس المحيط (ج 1 ص 397) .

(5) سورة النساء الآية (95) .

وكذلك قوله تعالى : ﴿وَمَا كَانُوا الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ (1) .

وكذلك كان النبي ﷺ يبعث السرايا لقتال المشركين ، ولو كان ذلك فرض عين في كل الأحوال لكان محالاً أن يقعد هو ﷺ دون الذهاب مع المجاهدين ، وكذا أذن لغيره بالتخلف عن ذلك بحال .

وما يستدل به من النظر أن الجهاد قد فرض من أجل الدعوة إلى الإسلام ، وإعلاء كلمة الله ، ونشر لواء الحق في العالم ، ودفع شر الكافرين وكسر سلطانهم ونفوذهم ، وذلك إنما يتحقق بقيام فريق من المسلمين ليضطلعوا بهذه المهمة ، وليس كل المسلمين كالذي كان يفعله النبي ﷺ من بعثه للسرايا (2) .

وفي جملة ذلك كله يقول ابن حزم (رحمه الله) : والجهاد فرض على المسلمين فإذا قام به من يدفع العدو ويغزوهم في غر دارهم ويحمي ثغور المسلمين سقط فرضه عن الباقين ، وإلا فلا (3) .

وإذا كان الجهاد في مثل هذه الحال فرضاً على الكفاية ، بحيث يشقّ وجوبه عن المسلمين إذا اضطلع به بعضهم ؛ فإنه يجب على الإمام أن لا يفشل عن ثغور المسلمين فيذر واحداً من الثغور بغير جنيد ذوي خبرة وقدر وكفاية لقتال العدو ، وإذا هان أهل ثغر من الثغور أو ضغفوا عن مقاومة العدو ودفع شره وجب على من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا ؛ لغزوهم فيمدوهم بالرجال والمال والسلاح .

وإذا كان الجهاد في ذلك فرضاً على الكفاية فإنه لا يجب على الخادم أن يخرج للقتال بغير إذن سيده ، ولا المرأة بغير إذن زوجها ؛ لأن خدمة السيد ، والاضطلاع بوجائب الزوجية فرض عين ، وذلك مقدّم على فرض الكفاية .

وكذلك الولد لا يخرج بغير إذن والدته ، أو أحدهما ، فإن بر الوالدين فرض عين ، وهو مقدّم على فرض الكفاية (4) .

(1) سورة التوبة الآية (122) .

(2) البدائع (ج 7 ص 98) والمغني (ج 8 ص 345 ، 346) وبداية المجتهد (ج 1 ص 324) والمحلى (ج 7 ص 291) ومختصر المزني (ص 270) .

(3) المحلى (ج 7 ص 291) .

(4) البدائع (ج 7 ص 98) والمغني (ج 8 ص 352) ومختصر المزني (ص 269) وحاشيتنا القلوبي وعميرة (ج 4 ص 216) .

وَقَعَّةٌ قَوْلٌ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ لَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ لضعفه وهو أن الجهاد فرض عين في كل الأحوال لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا تَنْفِرُوا يُمَذِّنْكُمْ عَذَابَنَا أَلِيمًا ﴾ (1) وقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَكُمْ ﴾ (2) ولا ينبغي الاستدلال بذلك على أن الجهاد فرض عين ؛ فإن هذين النصين الكريمين وغيرهما من مثل هذه الصيغة إنما يتأول على حالٍ خاصة يمز بها المسلمون ؛ إذ يتقنّد فيهما العدو عليهم ، فيغزّو ديارهم وينال من شوكتهم (3) وهو ما نغرض له في الضرب الثاني الآتي .

الضرب الثاني :

وهو ما لو كان الثّغِيرُ عامًا ، وهو أن يهجم العدو على المسلمين في أيّة جهة من جهاتهم أو أي بلد من بلدانهم فيجوسّ خلال ديارهم وينال منهم نيلًا ، فإن كان كذلك بات الجهاد في حقّ المسلمين القادرين فرض عين ، وكيفية ذلك أن يجب الجهاد على جميع البلدة التي غزاها العدو ، وكذلك من يقرب منهم من البلدان إذا لم يكن بأهل البلدة كفاية ، وإذا لم يكن بالبلدة وما جاورها من بلدان المسلمين كفاية لدفع العدو ، وردعه ، وجب على المسلمين شرفًا وغرًا أن ينفروا لملاقاة العدو ومحاربه .

أما إذا عمّ النفير فلم يتحقق القيام به إلا عن طريق المسلمين جميعًا ، وقد حاق بالمسلمين الخطر واستشرى كيّد الكافرين وغدوائهم حتى دقّوا المسلمين في حرب شاملة ضروس ، فلا تجرم أن يكون الجهاد - والحالة هذه - فريضة محتومة على المسلمين كافةً وحيثما كانوا ، يستوي فيهم الذكور والإناث ، القريون والبعيدون ، الخادمون والشادة (4) وذلك مقتضى قوله تعالى : ﴿ أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (5) وقد اختلف أهل التأويل في المراد بالخفاف والثقال :

فَقَعَّةٌ قَوْلٌ : أن المراد هو الشباب والشيب وقيل : أغنياء وفقراء ، وقيل : مشاغل وغير مشاغل ، وقيل : نشاط (جمع نشيط) وغير نشاط ، وقيل : رُكبانًا ومُشاةً ،

(1) سورة التوبة الآية (39) .

(2) سورة البقرة الآية (216) .

(3) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 436 ، 437) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 213) والمفتي (ج 8 ص 346) .

(4) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 439 ، 440) والبدائع (ج 7 ص 98) وبداية المجتهد (ج 1 ص 325) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 217) وأسهل المداوك (ج 2 ص 4) .

(5) سورة التوبة الآية (41) .

وقيل غير ذلك (1) .

والجملَةُ أنه يجب القتالُ على المسلمين كافةً إذا ما دهمهم العدوُّ باعتماد ظاهرٍ يوشك أن يُلحقَ بهم المخاطر والمهلك والتدمير .

من يُفْتَرَضُ عليه الجهاد

يُفْتَرَضُ الجهادُ على المسلم القادر عليه ، أما من لا قدرةَ له عليه فلا يجبُ عليه الجهادُ ؛ وذلك لأن الجهادَ - كما يَتَّه - يعني بذلَ الجهد والطاقة أو المبالغة في القتال ، فمن لا يملكُ ذلك لا ينبغي أن يضطلع بوجوبية الجهاد .

وعلى هذا فإنه لا يُفْتَرَضُ الجهادُ على غير القادرين والعاجزين عن هذه الوجوبية الشاقة كالأعمى والأعرج والمريض ، وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾ (2) ويُلتحقُ بهؤلاء الضعفاء والعجزة غيرهم من أولي الأعدار المؤثرة التي تحول دون الاضطلاع بوجوبية الجهاد كالزمن والمقعد والشيخ الهرم .

ولا يجبُ الجهادُ كذلك على الصبي والمرأة ؛ لأنهما لا طاقةَ لهما على احتمال فريضة الجهاد المخوفة الشاقة التي تقتضي قوة في الجسد والأعصاب ، ويشتتنى من هذا الحكم بإعذار المرأة ما لو دهم المسلمين عدوانٌ شاملٌ فاحتلَّ المشركون بلادهم وجاسوا خيال ديارهم وساموهم القتلَ والدُّلة والهوان ، فإنه في مثل هذه الحال لا جرم أن تتأط المرأة العاقلة البالغة القادرة فريضة الجهاد .

ولا تجبُ فريضة الجهاد كذلك على المفتقر الذي لا يجد ما يكفيه من الثففة على نفسه في ذهابه للقتال والاضطلاع به ، وما يكفي أهله وعياله من النفقة حال غيابه عنهم ، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى في نفي افتراض الجهاد على الفقير : ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللَّهُ عَفْوَؤٌ رَّحِيمٌ﴾ (3) وَلَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَأَعْيَتُهُمْ فَبِئْسَ مِنَ الدَّمِجِ حَرْكًا أَلَا يُجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ﴾ (4) .

وذلك يدل على إعذار المفتقر لمؤنة القتال في عدم الذهاب للقتال ، وجدد بالبيان هنا أنه يكره الجعل للفرقة ، ويراد بالجعل هنا ما يضر به الإمام للفرقة على الناس بما يتقوى به

(1) تفسير الطبري (ج 10 ص 97 ، 98) .

(2) سورة الفتح الآية (17) .

(3) سورة التوبة الآية (91 ، 92) .

الذين يخرجون للجهاد وذلك من الزاد وال سلاح والكراع وغير ذلك من وجوه النفقة ؛ لأن هذا الجعل يشبه الأجرة ، وأخذ الأجرة على الطاعة كالجهاد حرام ، والجعل يشبه الأجرة فكان مكروهاً ، وذلك إذا كان للمسلمين فيء « المال المأخوذ من الكفار من غير قتال » فإذا كان لهم في بيت المال فيء ، فإنه لا ضرورة عندئذ لفرض الجعل على المسلمين للمجاهدين ؛ لأن المال الذي في بيت المال مُعَدُّ لنوائب المسلمين .

وعلى هذا فإن مقتضى النظر يدل على أن النفقة تجب في مال الغازي نفسه ؛ لأنه مأمورٌ بعبادة مركبة من المال والبدن كالحج ، ولا يكون تجهيزُ الغزاة من بيت المال - في الأصل - على الدولة ، إنما يكون ذلك عليها إذا لم يقدر الغزاة على تجهيز أنفسهم بما يفضل عن حاجتهم وعيالهم .

وإذا لم يكن في بيت المال فيء ، فإنه يجوز للإمام أن يكلف الناس بدفع مؤنة التجهيز ؛ لأن في ذلك دَقَقًا لضرر أعلى - وهو عدوانُ الكافرين وشرهم - بإلحاق الضرر الأدنى وهو فرض الجعل من المال ⁽¹⁾ .

ومما ينبغي ذكره هنا أن الإعداد للحرب وتجهيز العساكر والجند يختلف أنواع السلاح ، وما يتعلق بذلك من وسائل وأسباب في التدريب واكتساب الخبرة ، واستيعاب لفن القتال ، إلى غير ذلك من قضايا الحرب فإن ذلك كله ما عاد من مقدورات الغزاة بأشخاصهم فؤادي ، ولكن ذلك من الخطورة والدقة ، وصعوبة التحصيل ما يعجز عنه الأشخاص بمفردهم ، وإنما ذلكم أعباء رهية وثقال وكوود لا يقدر أن يضطلع بها سوى الدولة مجتمعة بما أوتيت من إمكانات في المال والسلطة والنفوذ .

كيفية القتال

إذا لم تبلغ دعوة الإسلام الكافرين وجب على المجاهدين المسلمين أن يفتيحوا جهادهم مع الكافرين بدعوتهم إلى الإسلام باللسان ، وذلك بالحجة والدليل والبُرهان ، وذلك يقتضيه قوله تعالى : ﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجِدْ لَهُم مَّا لَاقِيَ هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ⁽²⁾ ومقتضى ذلك : أنه لا يجوز للمجاهدين المسلمين أن يقتلوا

(1) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 443) وأحكام القرآن لابن العربي (ج 2 ص 983) وتفسير

القرطبي (ج 8 ص 229) وتفسير البيضاوي (ص 264) والمفتي (ج 8 ص 348) .

(2) سورة النحل الآية (125) .

الكفار قبل أن يَدْعُوهم إلى كتاب الله ودينه الحنيف ، وذلك أن المقصود من الجهاد بالسلاح أصلاً هو كَشْرُ شوكة المشركين ، وقهر سلطانهم ؛ ليندرى بذلك شرهم وأذاهم وَفَتْنَتُهُم للمسلمين وصدُّهم لدعوة الله أن تنتشر وتذيع في الآفاق .

فإن كان كَشْرُ شوكتهم ، وقهر سلطانهم ، وزوال شرهم ، وكيدهم يتحقق بغير القتال ، فلا جرم أن يكون ذلك خيراً وأفضل ، وسبيل هذا هو البيان واللسان بما يعنيه ذلك من حشد للأدلة العقلية وسوقٍ للبراهين الكاملة التي تُضدُّعُ بجمال الإسلام وروعة الدين الحنيف .

إن سبيل الحجة والبرهان أيسر من سبيل الحُسام والنبْتان ؛ لأن في سبيل الشدة والعنف والقتال مخاطرةً جسيمة غالباً ما تودي بالأنفس والأموال ، وعلى هذا فقد لَزِمَ اقتناح المواجهة مع المشركين قبل القتال بدعوتهم إلى الله ورسوله وترغيبهم في دين الله (1) .

ذلك إذا لم تبلغهم دَعْوَةُ الإسلام ، أما إذا كانت دعوة الإسلام قد بلغتهم فإن من الأفضل أيضاً دعوتهم للإسلام قبل قتالهم عسى أن يكون في ذلك ما يحملهم على الاستجابة ، فإن أتوا أن يستجيبوا لنداء الإسلام دَعَوْهم إلى الذمة ، وهو أن يؤدوا الجزية للمسلمين ثم يعيشوا في ظل الإسلام مواعين مسالمين ، لهم مآل للمسلمين وعليهم ما عليهم ، وإن أتوا ذلك أيضاً استعان عليهم المسلمون بالله وقتلواهم ، وفي هذا أخرج مسلم عن بُرَيْدة قال : كان رسول الله ﷺ إذا أُمِرَ أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصيته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال : « اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمكثوا ولا تقتلوا وليدا ، وإذا لقيت عدوك من المشركين فاذعهم إلى ثلاث خصال فأبتهن ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ثم اذعهم إلى التَّخَوُّل من دارهم إلى دار المهاجرين ، وأخبرهم أنهم إن فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين ، فإن أتوا أن يتَّخَوَّلُوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الغنيمة والفنيء شيء إلا أن يجاهدوا مع المسلمين ، فإن هم أتوا فسلمهم الجزية ، فإن هم أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ، فإن هم أتوا فاستعين بالله وقابلهم » (2) .

(1) البدائع (ج 7 ص 100) والمغني (ج 8 ص 361 ، 362) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص

444 - 447) وبداية المجتهد (ج 1 ص 329) ومختصر المزني (ص 273) .

(2) مسلم (ج 5 ص 39 ، 140) .

وهذا يدل على أنه لا يجوز قتال الكافرين قبل دعوتهم إلى الإسلام وهو قول الجمهور .
وثمة قول بعدم وجوب الدعوة قبل القتال ، وأن دعوتهم قبل قتالهم كانت قبل انتشار الإسلام وظهوره ، أما وقد انتشر الإسلام وظهر فلا يلزم دعوتهم قبل القتال ، وهو الظاهر من مذهب الحنابلة ⁽¹⁾ واستدلوا على ذلك بفعل النبي ﷺ ، فقد أخرج أبو داود ومسلم عن ابن عون قال : كتب إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال قال : فكتب إلي إنما كان ذلك في أول الإسلام ؛ قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون ، وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسمى سبيهم وأصاب يوتيذ مجزئية ابنة الحارث ⁽²⁾ .

والصحيح ما ذهب إليه الجمهور ، وهو لزوم الدعوة قبل القتال ؛ لأنه لا يلزمهم الإسلام قبل العلم به ، ويدل على ذلك قول الله تبارك وتعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ بَيِّنَ رَسُولًا ﴾ ⁽³⁾ فلا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم .

أما إن كانت دعوة الإسلام قد بلغتهم ، فالأفضل أن يدعوا إليه كذلك ، وذلك هو تأويل حديث نافع ⁽⁴⁾ .

أصناف الكفار وحكم قتالهم

ثمة خلاف بين الفقهاء في أصناف الكفار ، وفي حكم قتالهم ، وهو ما نعرض له في هذا التفصيل ؛ فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أن الكفار ثلاثة أصناف :

الصنف الأول : وهم أهل الكتاب :

ويراد بهم اليهود والنصارى ، فإن هؤلاء يُقْبَلُ منهم الجزية ليقرؤا على دينهم ، وفي أماكنهم آمنين مطمئنين على أنفسهم وأموالهم وعبادتهم ، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ ذَاكِرُونَ ﴾ ⁽⁵⁾ .

(1) المغني (ج 5 ص 361) وبداية المجتهد (ج 1 ص 329) .

(2) مسلم (ج 5 ص 139) وأبو داود (ج 3 ص 42) .

(3) سورة الإسراء الآية (15) .

(4) المهذب (ج 2 ص 231) وأسهل المدارك (ج 2 ص 4) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 445 ، 446) .

(5) سورة التوبة الآية (29) .

الصَّنْفُ الثَّانِي : وَهُمْ مَنْ لَهُمْ شِبْهُ كِتَابٍ ، وَهُمْ الْمَجُوسُ :

وهؤلاء لهم حكم أهل الكتاب من حيث قبول الجزية منهم ، وإقرارهم بها على دينهم ؛ وفي أماكنهم آمنين مطمئنين ، وذلك الذي عليه عاثة أهل العلم ، وفي هذا أخرج البخاري عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ « أخذها من مجوس هجر » ⁽¹⁾ .

وأخرج البيهقي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه ذكر المجوس فقال : ما أدري كيف أصنع في أمرهم ، فقال له عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) : أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول : « ستوا بهم سنة أهل الكتاب » ⁽²⁾ .

وفي حقيقة المجوس وصفهم أخرج البيهقي عن علي قال : أنا أعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه ، وكتاب يتدبرونه ، وإن ملكهم سكر فوق علي ابنته ، أو أخته ، فاطم على بعض أهل مملكتهم ، فلما صبحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ، فدعا أهل مملكته فلما أتوه قال : تعلمون ديننا خيرا من دين آدم وقد كان ينجس نبيه من بناته ، وأنا على دين آدم ، ما يؤعب بكم عن دينه ؟ فبايعوه ، وقتلوا الذين خالفوهم حتى قتلوهم ، فأصبحوا وقد أسري على كتابهم ، فرفع من بين أظهرهم وذهب العلم الذي في صدورهم ، فهم أهل كتاب ، وقد أخذ رسول الله ﷺ ، وأبو بكر ، وعمر (رضي الله عنهما) منهم الجزية ⁽³⁾ . وعلى هذا فإنه يُنسب للمجوس سنة أهل الكتاب من حيث أخذ الجزية ، وذلك من غير خلاف في ذلك بين أهل العلم ⁽⁴⁾ .

الصَّنْفُ الثَّالِث : وَهُمْ مَنْ لَا كِتَابَ لَهُمْ ، وَلَا شِبْهَ كِتَابٍ :

وهم من عدا القسمين السابقين ممن ليس لهم كتاب منزل من السماء ، فهم بذلك غير أهل الكتاب من الكافرين ، كالمرتدين وعترة الأوثان ، ومن لا يدنون بدين البنية سوى الإلحاد وتكران الله ، والعبادة بالله ، فإن هؤلاء لا تؤخذ منهم الجزية إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام أو الشيف ، وهو الذي عليه أكثر أهل العلم وفيهم الشافعية ، والراجح

(1) البخاري (ج 4 ص 117) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 189 ، 190) .

(3) البيهقي (ج 9 ص 189) .

(4) بداية المجتهد (ج 1 ص 331) والمنهني (ج 8 ص 362) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 446) ومختصر

المرزني (ص 277) .

من قول الخنابلة ، والظاهر من مذهب الحنفية ⁽¹⁾ .

جاء في شرح فتح القدير قوله : ولا تقبل الجزية من المرتدين وعبدية الأوثان من العرب ؛ فإنهم لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وتقبل من غيرهم من المشركين ⁽²⁾ ، ويستدل على ذلك بعموم قوله تعالى : ﴿ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً ﴾ ⁽³⁾ ، وقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ ⁽⁴⁾ .

وكذلك عموم قول النبي ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله » فمن قال : لا إله إلا الله فقد عصم مني نفسه وماله إلا بحقه وحسابه على الله » ⁽⁵⁾ .

فإن ذلك بعمومه يدل على وجوب قتال الكافرين كيفما كانت صفة كفرهم ، لكن أهل الكتاب قد خصوا من ذلك بقوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ⁽⁶⁾ .

وكذلك قد خص المجوس بحديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال : « ستوا بهم سنة أهل الكتاب » وهو ما بيناه آنفاً .

وذهبت المالكية إلى أنه تؤخذ الجزية من كل مشرك باستثناء مشركي العرب ، وهو رواية عن أحمد ⁽⁸⁾ ، واستدلوا على ذلك بحديث يزيدة السابق أن النبي ﷺ كان إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أمره بتقوى الله في خاصيته ، وبين معه من المسلمين ، وقال : « إذا لقيت عدوك من المشركين فاذهبهم إلى إحدى ثلاث خصال فأنتهم أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم : اذهبهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ، فإن هم أبوا فاذهبهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعين بالله عليهم وقاتلهم » وذلك حديث عام يشمل جميع المشركين .

(1) للمغني (ج 8 ص 363) وبداية المجتهد (ج 1 ص 331) ومختصر المزني (ص 276 ، 277) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 446) .

(2) شرح فتح القدير (ج 5 ص 446) . (3) سورة البقرة الآية (193) .

(4) سورة التوبة الآية (36) . (5) سورة التوبة الآية (5) .

(6) رواه البخاري عن أبي هريرة (ج 4 ص 58) . (7) سورة التوبة الآية (29) .

(8) بداية المجتهد (ج 1 ص 331) والمغني (ج 8 ص 363) .

أما أهل الظاهر فقد خالفوا في ذلك جماهير أهل العلم ، إذ ذهبوا إلى أنه لا تؤخذ الجزية من أهل الكتاب سواء كانوا من اليهود أو النصارى أو المجوس إلا بأن يَقْرَؤُوا بَأَن مُحَمَّدًا ﷺ رسولُ الله إلى الناس ، وأن لا يَطْعَنُوا في نُبوِّئِهِ ، ولا في شيء من دين الإسلام ⁽¹⁾ ، واستدلوا على ذلك بما أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « أَمُرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ ، فَإِذَا قَالُوا هَـمْ غَضَبُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ » ⁽²⁾ .

واستدلوا كذلك بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَفَرُوا أَيْسَرْنَاهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَكُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ ⁽³⁾ .

والراجح من ذلك كله ما ذهب إليه أكثر أهل العلم وهو قبول الجزية من أهل الكتاب دون غيرهم من المشركين ؛ لما يَبْتَئُهُ من نصوص تدل على ذلك .

ومن الاستدلال بالنظر أن المشركين الذين يعبدون الأصنام أو الماديين والملاحدة الذين لا يَدِينُونَ بدين ، بل يسخرون من الدين والتَّيْنِ ، فلا جرم أن هؤلاء قد استخفوا عقولهم حتى باتت معطلة تمام التعطيل وباتت هَيِّجَةً تمام الهَوَان من غير أن يكونَ لها في عالم الفكر والادِّكَار والتدبير وإدراك حقائق كِبَرَاتٍ في هذا الوجود أي وزن أو قيمة .

أجل ! إن هؤلاء التَّاكِبِينَ التَّائِهِينَ الذين يُقَدِّسُونَ الوَتْنَ والدين لجوا في إلحاد ماديٍّ خسيس لا جرم أنهم لا يستحقون شيئاً من تقدير ولا صَوْن ولو بِمِثْقَالِ قَطْمِير ، إن أولئك الذين هذا شأنهم أجددُ أن تَتَبَذَّهَمُ المجتمعات نَبْذاً ليكونوا في سلم البشرية من الناشِزِينَ الخَسَائِس الذين لا مساعَ لاستيعابهم وسط أمة الإسلام الرَّاقِيَةِ الْمُثَلَى .

(1) المحلى (ج 7 ص 317) .

(2) الحديث رواه البخاري (94 / 1) برقم (25) ومسلم (53 / 1) برقم (22) وأبو داود (101 / 3) برقم (2641) والنسائي (6 / 6) برقم (3094) والترمذي (6 / 5) (2608) وابن ماجه (1295 / 2) برقم (3927) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 249) .

(3) سورة التوبة الآية (12) .

هل يُستعان بالمشركين في القتال ؟

استعانة المسلمين بالكافرين في قتال الكافرين موضع خلاف بين العلماء ، وذلك من حيث الجواز أو عدمه ، وثمة قولان في ذلك نعرض لهما في هذا التفصيل :

القول الأول : لا يجوز للمسلمين أن يستعينوا بالمشركين في القتال ، وقد استدلوا على ذلك بكل من السنة والمعقول .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه مسلم عن عائشة زوج النبي ﷺ : أنها قالت : خرج رسول الله ﷺ قبل بدر فلما كان بحرة الوبرة أدركه رجل قد كان يذكر منه جرأة ونجدة ففرح أصحاب رسول الله ﷺ حين رأوه ، فلما أدركه قال لرسول الله ﷺ : جئت لأتبعك وأصيب معك ، قال له رسول الله ﷺ كما « تؤمن بالله ورسوله ؟ » قال : لا ، قال : « فارجع فلن أشتعين بمشرك » قالت (عائشة) : ثم مضى حتى إذا كنا بالشجرة أدركه الرجل ، فقال له كما قال أول مرة ، فقال له النبي ﷺ كما قال أول مرة قال : « فارجع فلن أشتعين بمشرك » ثم رجع فأدركه بالبيداء ، فقال له كما قال أول مرة : « تؤمن بالله ورسوله ؟ » قال : نعم ، فقال له رسول الله ﷺ « فانطلق » (1) .

وأخرج البيهقي عن أبي حميد الساعدي (رضي الله عنه) قال : خرج رسول الله ﷺ حتى إذا خلف ثنية الوداع إذا كتيبة ، قال : « من هؤلاء ؟ » قالوا : بني قينقاع ، وهو رهط عبد الله بن سلام ، قال : « وأسلموا ؟ » قالوا : لا ، قال : « قل لهم فليترجعوا فإننا لا نستعين بالمشركين » (2) .

وأخرج البيهقي أيضًا عن خبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده قال : خرج رسول الله ﷺ في بعض غزواته فأتته أنا ورجل قبل أن نُسَلِّمَ قتلنا : إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهدًا فلا نشهده ، قال : « أسألكم ؟ » قلنا : لا ، قال : « إنا لا نستعين بالمشركين على المشركين » فأسلّمنا ، وشهدنا مع رسول الله ﷺ فقتلت رجلاً وضررتي الرجل ضربة فتزوجت ابنته ، فكانت تقول : لا عديمت رجلاً وشحك هذا الوشاح ، فقلت : لا عدمت رجلاً أعجل أباك إلى النار (3) .

أما المعقول ، فهو أن الكفار لا يؤمنون على المسلمين في القتال معهم ؛ لاحتمال خداعهم وغدرهم ، وقد ذهب إلى ذلك الحنابلة ، وبه قال ابن المنير وجماعة من أهل العلم (4) .

(1) مسلم (ج 5 ص 200 ، 201) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 37) .

(3) المنني (ج 8 ص 414) وسبل السلام (ج 4 ص 49) .

القول الثاني : تجوز الاستعانة بالكافرين إذا دُعيت الحاجة إلى ذلك ، وهو قول الحنفية والشافعية ، وهو رواية عن أحمد .

واستدلوا على ذلك بشهود صفوان بن أمية مَحْبُوثًا مع النبي ﷺ وصفوان مشرك⁽¹⁾ . وكذلك ما روي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : « استعان رسول الله ﷺ بيهود قَيْنَقَاع فَرْضَخَ لَهُمْ وَلَمْ يَسْأَلْهُمْ لَهُمْ »⁽²⁾ .

فقد استدلوا بذلك على جواز الاستعانة بالكافرين لقتال الكافرين إذا كان المسلمون في حاجة إلى مثل هذه الاستعانة ، وهم مضطرون إليها ، وذلك إذا كان الذين يُشْتَعَان بهم من المشركين أولي شِلَّةٍ وبأس في الحرب ، أو كانوا من أهل الخبرة ، والدراية في فن القتال ، وأنهم مع ذلك كله تدل سيرتهم على أنهم ليسوا من الغادرين الخادعين ولا الحاقدين المتربصين⁽³⁾ .

قال الإمام الشافعي : الذي روى مالك كما روى رد رسول الله ﷺ مشركًا أو مشركين في غزاة بدر وأبى أن يستعين إلا بمُشْلَم ، ثم استعان رسول الله ﷺ بعد بدر بستين في غزاة خيبر بعدد من يهود بني قَيْنَقَاع كانوا أشداء ، واستعان رسول الله ﷺ في غزاة مَحْبُوثَيْن سنة ثمان بصفوان بن أمية ، وهو مشرك ، فالرد الأول ، إن كان له الخيار أن يستعين بمشرك أو يرده ، كما يكون له رد المسلم من معنى يخافه منه أو لشدة به فليس واحد من الحديثين مخالفًا للآخر ، وإن كان رده لأنه لم يَرَ أن يستعين بمشرك فقد تَسَخَّرَ ما بعده من استعائته بمشركين ، فلا بأس أن يُشْتَعَانَ بالمشركين على قتال المشركين إذا خرجوا طَوْعًا وِبرَضَخَ لَهُمْ⁽⁴⁾ ولا يسألهم لهم⁽⁵⁾ .

وفيما يتعلق بالأخبار المتعارضة في المسألة جاء في شَيْل السلام قوله : يُجْمَعُ بَيْنَ الروايات بأن الذي رده يوم بدر تَفَرَّسَ فِيهِ الرُّغْبَةُ فِي الْإِسْلَامِ فَرَدَّهُ رَجَاءً أَنْ يُشْلِمَ ، فصدق ظَنُّهُ ، أو أن الاستعانة كانت مَمْنُوعَةً فَوُجِّعَ فِيهَا وَهَذَا أَقْرَبُ⁽⁶⁾ ، وإذا ثبت هذا فإن الراجح عندي جواز الاستعانة بالكُفَّار لقتال الكفار . وذلك بشروط ثلاثة هي :

(1 ، 2) البيهقي (ج 9 ص 37) .

(3) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 502 ، 503) والبدائع (ج 7 ص 101) والمغني (ج 8 ص

414) والمهذب (ج 2 ص 230) وسبل السلام (ج 4 ص 49) .

(4) يرضخ لهم : يعطيهم قليلاً . انظر مختار الصحاح (ص 245) .

(5) الأم (ج 4 ص 261) . (6) سبل السلام (ج 4 ص 50) .

الشرط الأول : أن يكون للمسلمين حاجة حقيقية للاستعانة بالكُفَّار وهو أن يكونوا مضطرين لمثل هذه المساعدة ، وذلك كما لو كان المشركون الذين يستعان بهم ذوي داية علمية بالحرب ، وخبرة كبيرة بفنون القتال وأساليبه ومقتضياته .

الشرط الثاني : أن يكون المشركون الذين يستعان بهم في الحرب ممن يؤمنون على المسلمين فلا يُغدرون أو يخادعون ، ويمكن الوقوف على ذلك بالقرائن المستفادة من سيرة هذا الصنف من المشركين الذين يرغب المسلمون في الاستعانة بهم .

الشرط الثالث : أن لا يكون المشركون الذين يستعين بهم المسلمون ذوي عقائد كافرة يحمسون لتشرها باهتمام واحتراز ، كما لو كانوا من معتنقي المبادئ الكافرة الهدامة ، أو الفلسفات المادية الموحدة كيفما كان اسمها أو طبيعتها ، إن مثل هؤلاء لا يجوز بحال أن يُستعان بهم ؛ بل في مداخلتهم مع المسلمين من احتمالات التشويه والإرجاف والفوضى ، فضلاً عن احتمالات الإفساد والتفصيل بإشاعة الأفكار الجائنة الحبيثة .

الشرط الرابع : أن يستظل هؤلاء الذين يُستعان بهم بمظلة الإسلام ، فيقاتلوا تحت لواء المسلمين ، والأصل في ذلك كله أن تكون الهيمنة الكلية والكبرى للإسلام ، فيسير الجميع تحت مجتاهد الواسع الرفاف ولا مشاغ بعد ذلك البتة للجماعة أو فئة أو حزب أو هيئة أن تتخذ لنفسها عند قتال العدو شعاراً مغايراً لشعار الإسلام ، ما دام هذا الدين تعلو رايته حقاً ، ومن حوله جنده الأبرار الميامين الذين يرحقون صوب العدو لقتاله باسم الله وعلى بركة الله ، مستظلين بظل دينه العظيم دون غيره من المبادئ والشعارات والفلسفات والمذاهب ، إنه لا مشاغ لمشرك يقاتل مع المسلمين أن يتخذ لنفسه شعاراً أو لواء مغايراً لشعار المسلمين ولوائهم ، وليس له في ذلك إلا أن يندرج في صف المسلمين من خلال سريته من سراياهم ، أو كتيبة من كتائبهم ، وأما هيئة للقتال غير هذا لا تجوز بحال .

جاء في شرح فتح القدير للكمال بن الهمام قوله : ولا بأس أن يُستعان بالمشركين على قتال المشركين إذا خرجوا طوعاً ورضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تحمهم (1) .

يُقاتل العدو الأقرب فالأقرب

ذلك من جملة التعريف بكيفية القتال ، فإن من مقتضيات التخطيط السليم للحرب

(1) شرح فتح القدير (ج 5 ص 303) .

أن يقاتل المسلمون من يليهم من الكافرين ، الأقرب فالأقرب والأدنى فالأدنى ، فإن من معقول المعنى أن لا يقفز المسلمون ليتجاوزوا أعداءهم القريبين منهم حيث الخطر القريب الحقيق ، فلا جزم أن لا يبرح المسلمون لقتال الكافرين الأبعد حتى يفرغوا من هزم العدو القريب المتربص ، فيأمنوا كيدة وشرة قبل التجاوز إلى من هو أبعد منه ، وذلك هو مقتضى قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ (1) .

ومن أجل ذلك بدأ النبي ﷺ يقاتل العرب المشركين وهم أقرب الكفار إليه ، فلما فرغ منهم قصد الروم ليحاربهم إذ كانوا بالشام ، وذلك هو التدرج المنطقي المتسلسل الذي يتبَّعه المسلمون وهم يتصدون للمشركين فيحاربونهم بضراوة من أجل أن تتبدد كل المعوقات والعراقيل من وجه الدعوة الإسلامية (2) .

قال الحافظ ابن كثير (رحمه الله) : أمر الله تعالى المؤمنين أن يقاتلوا الكفار أولاً فأولاً الأقرب فالأقرب إلى حوزة الإسلام ؛ ولهذا بدأ رسول الله ﷺ يقاتل المشركين في جزيرة العرب ، فلما فرغ منهم ، وفتح الله عليه مكة والمدينة والطائف واليمن واليمامة وهجر وخيبر وحضرموت ، وغير ذلك من أقاليم جزيرة العرب ودخل الناس من سائر أحياء العرب في دين الله أفواجا ، شرع في قتال أهل الكتاب ، فتجهز لغزو الروم الذين هم أقرب الناس إلى جزيرة العرب وأولى الناس بالدعوة إلى الإسلام ؛ لأنهم أهل الكتاب فبلغ ثبوك ثم رجع لأجل جهيد الناس وجذب البلاد وضيق الحال ، وذلك سنة تشع من هجرته عليه السلام ، ثم اشتغل في السنة العاشرة بحجة الوداع ، ثم عاجلته المنية (صلوات الله وسلامه عليه) بعد حجَّته بأحد وثمانين يوماً فاختاره الله لما عنده (3) .

على أن المسلمين ربما اضطروا لقتال الأبعد من المشركين في بعض الأحوال والظروف ، كما لو كان ثمة ناحية من نواحي المسلمين قاتلهم من يليهم من الكفار ، فإن على المسلمين الأبعد أن يمدوهم بالقون والمكَّد دون وتاء ؛ لأن المسلمين جميعاً يدُّ على من سواهم مهما اتسعت رقعتهم وتناوت ديارهم وامتدت بلادهم (4) .

(1) سورة التوبة الآية (123) .

(2) تفسير القرطبي (ج 8 ص 297 ، 298) وتفسير ابن كثير (ج 2 ص 401) وتفسير البيضاوي (ص 271) وتفسير الطبري (ج 11 ص 52) والأم (ج 4 ص 168 ، 169) .

(3) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 401 ، 402) . (4) تفسير الطبري (ج 11 ص 52) .

على أن قتال المشركين لا ينبغي أن يخالطه اللين والهوة، فيقطع المشركون أو لا يعرفوا، بل يجب أن يكون القتال متيسراً بالغلظة والشدة والضراوة؛ ترجيحاً للمشركين الأعداء، وتحطيماً لشوكيتهم وقدرتهم، وإذهاباً لحشودهم ومجموعهم الضالة العائنة، وحشماً للمعركة مع الكافرين اللد الذين يحاربون الله ورسوله والذين يشعرون في الأرض خراباً وإفساداً ويرفضون منهج الله أن يشيع وينتشر في الأرض، وذلك ما يقتضيه قوله تعالى في كيفية الحرب مع الكافرين: ﴿وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ (1) ذلكم هو شأن المسلمين في الحرب، فإنه قمين بهم أن يشددوا في التثريح والتغليظ على الكافرين، وهم بالمقابل يتراحمون فيما بينهم أقصى ما يكون عليه التراحم والإخاء والود، وفي ذلك يقول سبحانه: ﴿فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهُ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ (2). ويقول عز من قائل: ﴿ثُمَّ خَلَدَ مُوسَىٰ عَلَىٰ آلِهِ وَنَحْوِهِمْ بِمَا جَاءَ مِنْ رَّبِّهِمْ﴾ (3)، ويقول جلست قدرته: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ جَاهَدِ الْكُفَّارَ وَالشَّنَاقِينَ وَاقْظِمْ مَنَاقِبَهُمْ﴾ (4).

أمر الجهاد منوط بالإمام

إذا كان للمسلمين إمام فإن أمر الجهاد مؤكول إليه وإلى اجتهاده وإذا لم يكن ثمة إمام للمسلمين فلا يجوز بحال تعطيل الجهاد؛ لأن في تعطيله ما يؤدي بالمسلمين إلى الهلاك والتدمير واستحواض الكافرين عليهم.

والأصل في ذلك أنه لا يجوز أن يتعطل حكم من الأحكام الشرعية المفروضة، والمقدور عليها، والتي يمكن الاضطلاع بها في غياب الإمام كالصلاة والزكاة والحج.

وكذا الجهاد فإنه فريضة على المسلمين سواء كان ذلك على الكفاية أو العين، فلا مشاغ لتأخير العمل بهذه الفريضة إذا حاق بالمسلمين الخطر ونزل بساحيتهم العدوان فدهمتهم الكافرون الظالمون، ويستوي في لزوم العمل بهذه الفريضة ما لو كان للمسلمين إمام أو لم يكن، ومع ذلك فإن من الضرورة والضرورة يمكن أن يبادر المسلمون لتنصيب إمام لهم يشوشهم بشرع الله، ويعمل جاهداً على نشر دين الله في العالم، وأما تكوص من المسلمين عن هذه الوجبة فهي خطيئة فادحة.

(2) سورة المائدة الآية (54).

(4) سورة التحريم الآية (9).

(1) سورة التوبة الآية (123).

(3) سورة الفتح الآية (29).

وعلى أية حال فإنه يُجَدَّر بالمسلمين أن لا يخرجوا للجهاد من غير إذن الإمام ، وبذلك فإنه يُكره الغزو من غير إذن الإمام أو نائبه وهو أمير الجيش أو الناجية من نواحي المسلمين ، ووجه ذلك : أن الغزو على حسب الحاجة للمسلمين ، والإمام أو نائبه الأمير أعرف بذلك ، أما لو خرج المسلمون للجهاد من غير إذن الإمام فلا يَحْرُم ؛ لأنه ليس في خُرُوجِهِمْ من غير إذنه أكثر من التفرير (المخاطرة) بالنفس ، والتفرير بالنفس في الجهاد يجوز ⁽¹⁾ ، ومنوط بالإمام في أمر الجهاد القيام بما يلي :

أولاً : أن يشحن (الإمام) كل ثغر من الثغور التي تلي الكفار بكتائب من عساكر المسلمين بما يكفي للتصدى لأي غشوان ، فيكلفهم الإمام بعمل الحصون والفتن التي تلزم لحرب الكافرين وقهرهم ، كالذي صنعه النبي ﷺ إذ حفر الخندق ، وإذا قور الإمام الخروج للقاء العدو اجتهد في معرفة المخدلين والمزجفين والمتأقنين فيخرجهم من صفوف المسلمين فلا يأذن لهم بالخروج معهم في القتال ؛ لأن في أمثال هؤلاء إضعافاً للمسلمين ، وإلحاقاً لظواهر الإرجاف والخور والفتنة بهم ، يقول الله تعالى : ﴿ يَأْتِيَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ⁽²⁾ .

ومقتضى هذه الآية الكريمة أنه لا يجوز للمسلمين أن يتخذوا من المشركين ولا المنافقين حوآشي لهم يطلعون على أسرارهم ، وخاصة أخبارهم في الحرب وغيرها ؛ لأن أولئك الذين لا يخشون الله والذين في قلوبهم مرض والذين لا يمتنعون غير الحيانة والخداع والإرجاف وإشاعة الفتنة والاضطراب والفوضى سوف لا يقصرون للمسلمين في الفساد والأذى والتخريب ⁽³⁾ .

ثانياً : يقوم الإمام بتعيين أمير أو قائِد يقلِّده أمر الحروب وتدبير الجهاد على أن يكون له خبرة وبصيرة بتدبير الخطط للقتال ، وأن يكون مطلقاً على مكائيد العدو ووسائله في الخديعة والعدوان ، فضلاً عن كونه من أهل الصلاح والتقوى ، وأن يكون من أهل العلم

(1) المذهب (ج 2 ص 229) وحاشيتنا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 217) والمغني (ج 8 ص 353) وأسهل المدارك (ج 2 ص 4 ، 5) والبدائع (ج 7 ص 99) .

(2) سورة آل عمران الآية (118) .

(3) المذهب (ج 20 ص 230) والأم (ج 4 ص 166 ، 169) وأسهل المدارك (ج 2 ص 4) والمغني (ج 8 ص 352) وتفسير البضاوي (ص 87) .

بالخلال والحزام ، وعلى المسلمين أن يطيعوا أميرهم الذي نصبه الإمام ؛ لأن طاعتهم له كأنما هي طاعة الإمام نفسه ؛ لأنه ينوب عنه في التخطيط والتدبير ومبتاساة أمور المسلمين في زمن الحرب ، والإمام طاعته واجبة على المسلمين ما التزم بشرع الله ، ولم يَحْذَ عن منهجه الحكيم . وأما معصية الله لا يجوز معها للإمام أو نائبه طاعة (1) .

ثالثاً : أن يوصي الإمام أمير العسكر أو الجيش بتقوى الله جل جلاله ، ويوصيه بمن معه من المسلمين خيراً ، فيرفق بهم ويعائلهم بالموادة والرفق والعدل ، وأن يجتهد في تنجيهم المزالق ومواطن الهلكة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً ، ثم يأمرهم بعد ذلك أن يستعينوا بالله وحده فيضربوا عدوهم بضراوة وغلظة (2) .

من يحل قتله ومن لا يحل

إذا ظفر المسلمون بالكافرين في الحرب فأمكنهم الله منهم جاز لهم أن يقتلوا منهم كل من كان من أهل القتال صورة أو معنى ، أما الصورة فهي أن يقاتل بنفسه حقيقة ، وأما المعنى فهو أن يكون الكافر ذا رأي ومشورة وطاعة ، أو أن يكون من المخوضين وإن لم يقاتل بنفسه حقيقة .

أما الدين ليسوا من أهل القتال لا من حيث الصورة ولا من حيث المعنى فلا يجوز قتلهم ، وإذا قتل مسلم واحداً منهم فلا شيء فيه من ذنبة أو كفارة إلا التوبة والاستغفار ؛ لأن دم هؤلاء الكفار في حال الحرب لا يقوم إلا إذا أعطوا أماناً ولم يخطبوا .

وذلكم بيان تعرض فيه للذين لا يجوز قتلهم من الكفار في الحرب وهم :

أولاً : المشركون .

فإنه إذا ظفر المسلمون بالكفار فلا يحل قتل الصبي الذي لم يبلغ ؛ لأنه ليس من أهل القتال لصغره ؛ ولأنه بمن نطمح في إيمانه إذا ما تعا هذه المسلمون فترثي في كنفهم على الإسلام ، فلا جرم أن ينشأ من المسلمين ، وذلك ما لا خلاف فيه من أحد ، وفي ذلك أخرج أبو داود عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيشاً قال : « انطلقوا باسم الله لا تقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلاً صغيراً ، ولا امرأة ، ولا

(1) البدائع (ج 7 ص 99) والمغني (ج 8 ص 352) وأسهل المدارك (ج 2 ص 4) والألم (ج 4 ص 108) والهلبي (ج 7 ص 291) .

(2) البدائع (ج 7 ص 99) والمهذب (ج 2 ص 232 ، 233) .

تَعْلُوا وَضَمُوا غَنَائِمَكُمْ وَأَصْلَحُوا وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ⁽¹⁾ .

وأخرج البيهقي عن الأسود بن سريع (رضي الله عنه) قال : أتيت رسول الله ﷺ فغزوت معه فأصبنا ظفراً فقتل الناس يومئذ حتى قتلوا الذرية فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : « ما بال أقوام جاوز بهم القتل حتى قتلوا الذرية ؟ » فقال رجل : يا رسول الله إنما هم أبناء المشركين ، قال : « ألا إن خياركم أبناء المشركين » ، ثم قال : « لا تقتلوا الذرية » قالها ثلاثاً ، وقال : « كل نسمة تُركل على الفطرة حتى يعرب عنها لسانها فأبواها يهودانها وينصرانها ⁽²⁾ » ، وذلك يدل على تحريم قتل الصبيان حتى يلبغوا ، وبلوغ الصبي يُعرف بواحد من أمارات ثلاث وهي : الاحتلام ، وظهور العانة ، وبلوغ السنة الخامسة عشر من العمر ، فأما أمارات من هذه الأمارات دليل البلوغ فلا يحل قبلها القتل إلا أن يقاتل المسلمين مع المشركين فإن قاتل قُتل ⁽³⁾ .

ثانياً : النساء :

فإنه لا يحل قتل المرأة الكافرة في الحرب ؛ لأنها من غير أهل القتال ، وهو ما لا خلاف فيه ⁽⁴⁾ .

وفي هذا أخرج مسلم عن عبد الله بن عمر أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ مقتولة « فأنكر رسول الله ﷺ قتل النساء والصبيان » ⁽⁵⁾ .

وأخرج أبو داود عن رباح بن ربيع قال : كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة ، فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلاً فقال : « انظر علام اجتمع هؤلاء ؟ » فقال : على امرأة قتيل ، فقال : « ما كانت هذه لثقاتيل » قال : وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلاً ، فقال : « قل لخالد لا يقتل امرأة ولا عسيقاً » ⁽⁶⁾ .

وأخرج أبو داود عن عائشة قالت : « لم يقتل من نسايتهم - تعني بني قريظة - إلا

(1) الحديث رواه أبو داود (86 / 3) برقم (2614) ، انظر جامع الأصول (ج 3 ص 207) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 77) .

(3) المغني (ج 7 ص 475 ، 476) والبدائع (ج 7 ص 101) والمهذب (ج 2 ص 233) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) وبداية المجتهد (ج 2 ص 327) والخطي (ج 7 ص 296) .

(4) شرح فتح القدير (ج 5 ص 452) والمغني (ج 7 ص 477) وبداية المجتهد (ج 2 ص 327) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) .

(5) مسلم (ج 5 ص 144) .

(6) أبو داود (ج 3 ص 53 ، 54) .

امرأة ، إنها لعندي تُحدث تضحك ظهروا وبطناً ورسولُ الله ﷺ يقتل رجالهم بالسيوف إذ هتف هاتفت باسمها أين فلانة ؟ قالت : أنا . قلت : ما شأنك ؟ قالت : حدث أحدثه : قالت : فانطلق بها فضربت عنقها ، فما أنسى عجباً منها أنها تضحك ظهراً وبطناً ، وقد علمت أنها تُقتل (1) .

على أن المرأة الكافرة إذا قاتلت المسلمين أو أعانت على قتلهم جاز قتلها ؛ لأنها بذلك تكون من أهل القتال (2) .

وفي هذا أخرج البيهقي عن عكرمة أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة بالطائف فقال : « ألم أئة عن قتل النساء ؟ من صاحب هذه المرأة المقتولة ؟ » قال رجلٌ من القوم : أنا يا رسول الله أردتُها فأرادت أن تضربني فتقتلني ، فأمر رسول الله ﷺ بها أن تُؤارى (3) .

وأخرج البيهقي عن عكرمة قال : لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف أشرقت امرأة فكشفت قبلها فقالت : ها دونكم فارموا ، فرموا رجلٌ من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ، وفي رواية « فما أخطأها أن قتلوها ، فأمر بها رسول الله ﷺ أن تُؤارى » (4) .

ولا يجوز كذلك قتل الخنثى المشكل ؛ لأنه يجوز أن يكون رجلاً ويجوز أن يكون امرأة فلا يُقتل مع الشك ، وإن قاتل الخنثى المسلمين جاز قتله ، وهو قول الشافعية (5) .

ثالثاً : السبي الفاني :

فإنه لا يجوز قتله ؛ لأنه ليس من أهل القتال ، وذلك الذي عليه جمهورُ الحنفية والحنابلة والمالكية (6) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه أبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيشاً قال : « انطلقوا باسم الله ، ولا تقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلاً صغيراً ، ولا امرأة ، ولا تغلوا ، وضموا غنائمكم ، وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين » .

(1) أبو داود (ج 3 ص 54) .

(2) بداية المجتهد (ج 2 ص 327) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) وشرح فتح القدير (ج 5 ص

454) والمخلى (ج 7 ص 296) . (3) (4) البيهقي (ج 9 ص 82) .

(5) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) والمهذب (ج 2 ص 233) .

(6) بداية المجتهد (ج 2 ص 327) والمخلى (ج 8 ص 477) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5

ص 452) .

وأخرج البيهقي عن خالد بن زيد قال : خرج مع رسول الله ﷺ مشيعاً لأهل مؤتة حتى بلغ ثنية الوداع فوقفت ووقفوا حوله فقال : « اغزوا باسم الله فقاتلوا عدو الله وعدوكم بالشام ، وستجدون فيهم رجالاً في الصوامع مغترلين من الناس فلا تعرضوا لهم ، وستجدون آخرين للشيطان في رؤوسهم مفاحص فافلقوها بالسيوف ، ولا تقتلوا امرأة ولا صغيراً ضرعاً ولا كبيراً فانيثاً ولا تقطعن شجرة ولا تغفرن نخلاً ولا تهيدوا بيتاً » (1) .

أما الشافعية فلهم في ذلك تفصيل إذ قالوا : إن الشيخ الذي لا قتال فيه ، إن كان له رأي في الحرب جاز قتله ، وهو الذي عليه جمهور أهل العلم ، وحججهم في ذلك ما أخرجه البيهقي عن الربيع بن سليمان قال : قال الشافعي : قُتل يوم حنين ذُرَيْدُ بن الصمة ابن خمسين ومائة سنة في شجار لا يستطيع الجلوس فذكر للنبي ﷺ « فلم يُكره » (2) ، وذلك لأن ذُرَيْدَ بن الصمة كان شيخاً ذا رأي ومشورة ومكيدة في الحرب ، فهو بذلك أشد ضرراً على المسلمين في الحرب من غيره من الرجال القادرين على المقاتلة وليس لهم في الحرب رأي أو مشورة . وقالوا : إذا لم يكن الشيخ الفاني ذا رأي ومشورة ففيه وفي الراهب قولان : أحدهما : لا يجوز قتله . وهو قول الجمهور . وذلك لما أخرجه البيهقي عن يزيد بن أبي سفيان أن أبا بكر (رضي الله عنه) قال : يا يزيد إنكم ستقدمون بلاذاً تُؤتون فيها بأصناف من الطعام ، فسموا الله على أوليها واحمدوه على آخرها ، وإنكم ستجدون أقواماً قد حبسوا أنفسهم في هذه الصوامع فاتركوهم وما حبسوا له أنفسهم ، وستجدون أقواماً قد اتخذ الشيطان على رؤوسهم مقاعد - يعني الشمامسة - فاضربوا تلك الأعناق ، ولا تقتلوا كبيراً هريماً ، ولا امرأة ولا وليداً ولا تحربوا غمراً ولا تقطعوا شجرة إلا لنفع » (3) .

ثانيهما : يجوز قتل الشيخ الفاني إذا لم يكن ذا رأي ومشورة وهو قول أهل الظاهر أيضاً (4) ، ودليل ذلك عموم قوله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَخْصِرْهُمْ وَأَقْنَعُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ ﴾ (5) .

قال ابن حزم : وجائز قتل كل من عدا من ذكرنا من المشركين من مقاتل أو غير مقاتل أو تاجر أو أجير - وهو العسيف - أو شيخ كبير كان ذا رأي أو لم يكن أو فلاح

(1) البيهقي (ج 9 ص 91) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 90) .

(3) المهذب (ج 2 ص 234) والتهذيب (ج 7 ص 296) ومختصر المزني (ص 272) .

(5) سورة التوبة الآية (5) .

أو أسقف أو قسيس أو راهب أو أعمى أو مُقْتَد لا تحاش أحدًا ، وجائز استبقاؤهم أيضًا ⁽¹⁾ .
رابعًا : الرقيقان :

وهم الذين ينقطعون في الصوامع والكُنائس للعبادة - في زعيمهم - فإن هؤلاء لا يحل قتلهم ؛ لأنهم ليسوا من أهل القتال ، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ⁽²⁾ واستدلوا على ذلك بما أخرجه البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ كان إذا تمث جيشًا قال : « اخرجوا باسم الله تُقاتلون في سبيل الله من كفر بالله ، لا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلوا ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع » ⁽³⁾ ، وكذلك مقالة أبي بكر (رضي الله عنه) ليزيد : « إنكم ستجدون أقوامًا قد خَبَسُوا أَنْفُسَهُمْ فِي هَذِهِ الصَّوَامِعِ فَاتْرَكُوهُمْ وَمَا خَبَسُوا لَهُ أَنْفُسَهُمْ » ⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فإنه لا يجوز قتل الرهبان المنقطعين في الصوامع إلا إذا قاتل حقيقة ، أو معنى كما لو خَرَص على القتال أو كان له رأي فيه ، فإنه بذلك يحل قتلُه .

وذهبت الشافعية في أحد القولين لهم إلى أنه يجوز قتل الرهاب . وهو قول الظاهرية ، وذلك لشوم قوله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ وذلك يعم كل المشركين إلا ما شُصَّ بدليل .

وذهبت الشافعية في قولهم الثاني إلى أنه لا يجوز قتل الرهبان ، وهو قول الجمهور ، ودليلهم في ذلك ما بيناه آنفًا ⁽⁵⁾ .

خامسًا : المجنون :

فإنه لا يحل قتلُه ؛ لأنه غير مخاطب ، وهو ما لا خلاف فيه ، ووجه ذلك : أن العقل مناط المسؤولية ، فإذا عُذِمَ العقل فلا مواعدة ولا مسؤولية ، فلا يجوز بذلك قتل المجنون حال الحرب ، إلا أن يقا تل فَيُقْتَل دفعًا لشره ، وكذا المعتوه ، فإنه يشبه المجنون من حيث الحكم لاتفاقهما في العلة والمعنى ⁽⁶⁾ .

(1) المحلى (ج 7 ص 296) .

(2) شرح فتح القدير (ج 5 ص 454) والبدائع (ج 7 ص 101) وبداية المجتهد (ج 2 ص 327) والمغني (ج 8 ص 478) .

(3) (4 ، 3) البيهقي (ج 9 ص 90) .

(4) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) والمحلى (ج 7 ص 297) ومختصر المزني (ص 272) .

(5) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 454) وبداية المجتهد (ج 2 ص 327) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) .

سادسًا : الأعمى :

فإنه لا يُقتل ؛ لأنه ليس من أهل القتال ، ويُلتحق به من كان به علة مزمعة كالمرضى المأبوس منه أو المفلوج ⁽¹⁾ ، أو من به شلل لا يرجى بُرؤه وكذا المقعد ، ومقطوع اليدين أو الرجلين ، فإن هؤلاء لا يحل قتلهم عند أكثر أهل العلم وفيهم الحنفية والحنابلة والمالكية في الظاهر من مذهبهم .

وجه قولهم : هو انتفاء العلة المحيضة للقتل ، وهي إطاقَةُ القتال فإن هؤلاء لا يطيقون القتال ، ولا يحتملون المواجهة ، أو المقاتلة في الحرب يُعَلِّلهم وُضْعُفُ أبدانهم ⁽²⁾ .

أما الشافعية فقد ذهبوا في الرَّاجِح من مذهبهم إلى أنه يجوز قتل هؤلاء لأن علة القتال عندهم هو الكُفْر ، فهم بذلك يُقتلون لكفرهم احتجاجًا بقوله تعالى : ﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ ⁽³⁾ وذلك يدلُّ بعمومه على جواز قتل هؤلاء المشركين ، وهو الذي عليه الظاهر .

أما قولهم الثاني : فهو أن هؤلاء لا يحل قتلهم لأنهم لا يُقاتلون فمن قاتل منهم ، أو كان له رأي في القتال وتذير أمر الحرب جاز قتله قطعًا ⁽⁴⁾ .

تنص الكفار بمن لا يحل قتلهم في الحرب

التَّرس معناه : التَّشترُّ بالثرس ⁽⁵⁾ ، والمراد هنا أن يستتر الكفار في الحرب بمن لا يحل قتلهم أصلاً كالصبيان والنساء ، وكذلك ما لو تَسَتَّروا بالمسلمين الأسرى عندهم ، وذلك هو التَّرس في الحرب ، وللعلماء في حكمه تفصيل :

فإن تَتَرَسَ الكفار بالصبيان والنساء ، فإنه ينظر ، إن كان ثمة ضرورة لرمي الكفار وقتلهم ومن معهم من النساء والصغار فقد جاز رميهم ، ويستدل على ذلك بما أخرجه مسلم عن الصعب بن جثامة قال : سئل النبي ﷺ عن الدَّارِي من المشركين يَبيِّثون

(1) المفلوج : من الفالج وهو استرخاء أحد شقي البدن لانسداد مسالك الروح ، انظر القاموس المحيط (ج 1 ص 211) .

(2) شرح فتح القدير ومعه شرح المنابة (ج 5 ص 453) وبداية المجتهد (ج 2 ص 327 ، 328) والمغني (ج 8 ص 477) .

(3) سورة التوبة الآية (5) .

(4) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218) والهلبي (ج 7 ص 296 ، 297) .

(5) القاموس المحيط (ج 2 ص 209) ومختار الصحاح (ص 76) .

فيمصيون من نساءهم وذرايرهم ؛ فقال : « هُم منهم » (1) .
وأخرج مسلم أيضًا بنفس الإسناد أن النبي ﷺ قيل له : لو أن خيلاً أغارث من الليل فأصابته من أبناء المشركين . قال : « هم من آباءهم » (2) .
ويستدل كذلك بما ثبت عن النبي ﷺ أنه رمى الطائف بالمُتَجَنِّق (3) .

ويستدل بالنظر وهو أن المسلمين لو كَفُّوا عن قتل الكُفَّار في الحرب لِيَتَرَكِبُوا بالصبيان والنساء لأفضى ذلك إلى تعطيل الجهاد ، وإلى هلكة المسلمين ، فإن الكُفَّار إذا عَلِمُوا أن يَتَرَكِبُوا بهؤلاء يحويهم من قتل المسلمين ، لِإِثْمِهِمْ وَيَذَرُّوهُمْ الرمي يادروا إلى التَّشَرُّس في الحال وفي ذلك من الهلاك للمسلمين ما لا يخفى . وهو قول المالكية ، والشافعية ، في أحد القولين لَهُم .

أما إذا لم يكن ثَقَّة ضرورة لرمي الكُفَّار المُتَشَرِّسين بالصبيان والنساء فلا يجوز قتلهم وذلك لتجنب قتل من لا يحلُّ قتله أصلاً ، وهم الصبيان والنساء وذلك الذي عليه المالكية ، والشافعية في قولهم الثاني (4) .

أما الحنفية والحنابلة والشافعية في أحد قولَيْهِمْ ، فقد أجازوا رميَهُمْ سواء كانوا مضطرين لذلك أو غير مضطرين ، ووجه ذلك : أن النبي ﷺ رَمَى المشركين بالمُجَانِيق من غير أن يَتَحَيَّنَ بالرمي حال التحام الحرب ، ونحن نعلم أن فيهم النساء والصغار ، والمسلمون إذ يرمون الكفار ، فإنهم لا يقتلون النساء والصبيان عن عمد ، بل بقصد الجهاد (5) .

تَتَرَكَّبُ الكُفَّارُ بالمسلمين

لو تَتَرَكَّبُ الكُفَّارُ بمسلمين أسرى أو نُجَّار ، فإنه يُنْظَر ، إذا لم تدع الحاجة إلى رَمِيهِمْ لكون الحرب غير قائمة ، أو لإمكان القدرة على الكفار من غير رَمِيهِمْ مُتَتَرَكِّبين أو كان المسلمون آمنين من شر الكافرين ، فإنه لا يجوز رميهم ، فإن رَمَوْهُمْ فأصابوا مسلمين بذلك كان عليهم الضَّيْمَان وهو هُتْلُ الدِّبَّة والكُفَّارَةُ عند الحنابلة ، والكُفَّارَةُ عند الشافعية قولاً واحداً ، وفي الدِّبَّة قولان .

(2) مسلم (ج 5 ص 145) .

(1) مسلم (ج 5 ص 144) .

(3) أنظر سيرة ابن هشام (ج 4 ص 126) .

(4) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 218 ، 219) وبداية المجتهد (ج 2 ص 328) والمهذب (ج 2 ص 234) .

(5) المغني (ج 8 ص 449) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 448) ومختصر الزني (ص 271) .

أثنا إن دعت الحاجة إلى رميهم ، كما لو خاف المسلمون من الكفار ؛ فإنه يجوز لهم أن يرموهم مقتصرين بالمسلمين الأسرى أو التجار ، لأن هذه حال ضرورة ، وهم إنما يقصدون قتل الكفار وليس المسلمين ، ولو لم يرموهم لكان ذلك مدعاة لهجوم الكفار عليهم واستتصاليهم وهو قول المالكية أيضا ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنفية إلى أنه لا بأس برمي الكفار ولو تكرر شوا بأسرى المسلمين وصبيانهم سواء علموا أنهم إن كفوا عن رميهم انتهز المسلمون أو لم يعلموا ذلك ، إلا أنهم لا يقصدون برميهم سوى الكفار ، ووجه ذلك : أن رميهم دفع للضرر العام بالذبح عن يضيعة الإسلام ، أما قتل المسلمين الأسرى فهو ضرر خاص ، وأنه قلما يخلو حصن من حصون الكفار عن تسليم أسير أو تاجر ، ولو امتنع المسلمون عن رمي الكفار المترسين لانسد باب الجهاد ، على أنهم إن رموهم فأصابوا أحدا من المسلمين فلا دية فيه ، ولا كفارة ؛ لأن الجهاد مفروض ولا تقترن الغرامات بالفروض ؛ لأن الفرض مأمور به ، وهو قول الليث أيضا ⁽²⁾ ، وقال الأوزاعي : يجب الكف عن قتال المشركين المترسين بالمسلمين ⁽³⁾ ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ لَوْ تَرَكْنَا وَلَهُمُ الْأَرْضَ لَمَا تَرَكُوا إِلَّا لَعْنَةً وَيَكْذِبُونَ ﴾ ⁽⁴⁾ . أي لو تفوق المشركون والمؤمنون وتميز بعضهم من بعض لعذب الله الكافرين بالقتل والعقابي ولذلك أوجب الله الكف عن قتال المشركين ؛ صونا لمن فيهم من المؤمنين ⁽⁵⁾ .

ما يجوز فعله بالكفار وما لا يجوز

يجوز للمسلمين أن يبيحوا الكفار في الحرب وهو أن يكبشهم ليلا فيأخذوهم وهم غارون ، وهو ما لا يخلاف فيه ⁽⁶⁾ .

ولا يجوز تغريق الكفار بالماء لما في ذلك من إتلاف للثماء والذرية الذين يحرم قتلهم

(1) المغني (ج 8 ص 450) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 219) ومختصر المزني (ص 271) والمهذب (ج 2 ص 234) .

(2) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 447 ، 448) وبداية المجتهد (ج 2 ص 328) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 328) . (4) سورة الفتح الآية (25) .

(5) تفسير البضاوي (ص 681) .

(6) المغني (ج 8 ص 448) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 447) والبدائع (ج 7 ص 100) .

قصداً ، أما إذا لم يُقْدِرُوا عليهم إلا بتفريقهم فإنه يجوزُ مثلاً يجوزُ ضربهم بالمتحقيق ، وفيهم الصبيان والنساء وهو ما لا يخلاف فيه كذلك (1) .

ولا يجوزُ تحريقُ الكفارِ بالنار ؛ وذلك للنهي عن التَّغْذِيبِ بالنار ، فقد أخرج أبو داود عن محمد بن حمزة الأسلمي عن أبيه أن رسولَ الله ﷺ أمره على سَرِيَّةٍ فقال له : « إن وجدتمُ فلاناً فاقْتُلوه ، ولا تحرقوه ؛ فإنه لا يُعَذَّبُ بالنار إلا ربُّ النار » (2) .

وفي التَّهْيِ عن التحريقِ بإطلاقٍ أخرج أبو داود عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه قال : كُنَّا مع رسولِ الله ﷺ في سَفَرٍ فانطلقَ لحاجته فرأينا حمرةً معها فرخان فأخذنا فَرَحْنَاهَا فجاءت الحمرة فجعلت تَفْرَشُ فجاء النبي ﷺ فقال : « من فجع هذه بولدها ؟ وذرَّها ولدها إليها » ، ورأى قريةَ نَمَلٍ قد حرقناها فقال : « من حرق هذه ؟ » قلنا : نحن ، قال : « إنه لا يُنْبِئني أن يُعَذَّبَ بالنار إلا ربُّ النار » (3) .

أمَّا عند العجز عن العدوِّ إلا بتحريقهم بالنار جاز ذلك ، وهو الذي عليه أكثر أهل العلم (4) .

أمَّا قتلُ دوابِّهم من البهائم المأكولة وغير المأكولة ، فإنه يُنْظَرُ ، إن كان ذلك في غير حالِ الحربِ وكان القصدُ من القتلِ المعايضةَ والإفسادَ على الكفارِ لم يجز ، وذلك لما أوصى به أبو بكر (رضي الله عنه) يزيد إذ قال له : « ولا تقتلوا كبيراً هَرِمَ ، ولا امرأةً ولا وليداً ، ولا تُكْرِثُوا عمارتاً ، ولا تقطعوا شجرةً إلا لِنَفْعٍ ، ولا تُغْفِرَ بهيمة إلا لنفعٍ ، ولا تُحْرِقَنَّ نخلاً ، ولا تغرقه ، ولا تغدر ، ولا تمثل ، ولا تجبن ، ولا تغل ، ولينصرن الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله لقوي عزيز أستودعك الله وأقرئك السلام » (5) .

أمَّا لو عَقَرُوا الدَّوَابَّ للأكل وكانوا بحاجة إليها ، فإن ذلك جائزٌ بلا خلاف ، أما إن كانت البهائمُ مما يستعينُ به الكفارُ في القتالِ كالخَيْلٍ جاز قتله ، وإتلافه ؛ لأنه مما يحرم إيصاله إلى الكفارِ بالتبعية فتوَكَّه لهم بغير عوضٍ أولى بالتحريم (6) ، ويُلاحَقُ بذلك كلُّ وسائل الحربِ في زماننا الزاهرِ وذلك كالدُّبَابَاتِ والمُدْرَعَاتِ وحاملاتِ الأسلحةِ

(1) المغني (ج 8 ص 448) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 447) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 54 ، 55) . (3) أبو داود (ج 3 ص 55) .

(4) المغني (ج 8 ص 448) والبدائع (ج 7 ص 100) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) ومختصر الزني (ص 271) .

(5) البيهقي (ج 9 ص 90) .

(6) مختصر الزني (ص 271 ، 272) والمغني (ج 8 ص 452) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) .

كالمُدافع والدُّخائر وغير ذلك من وسائل القتال ، فإن هذه الوسائل لو تمكن منها المسلمون في الحروب وجب أخذها تقوية لهم وإضعافاً لعدوهم ، وإذا لم يُشَدُّوا على إخراجها أو استعمالها ، وهي في أرض العدو أحرقوها أو أتلَّفوها ؛ كي لا ينتفع بها العدو ⁽¹⁾ .

أما قطع الأشجار للعدو فهو موضع خلاف ، وجملة ذلك في قولين :

أحدهما : لا يجوز أن تُقَطَّع الأشجار في أرض الكفار حال الحرب وذلك للنهي عن قطع الأشجار وإتلافها ، فقد أخرج البيهقي عن خالد بن يزيد أن النبي ﷺ قال وهو يُشَيِّعُ أَهْلَ مَوْتَةَ : « وَلَا تَقْطَعُوا شَجَرَةً ، وَلَا تَعْقِرُوا نَخْلًا ، وَلَا تَهْدِمُوا بَيْتًا » ⁽²⁾ .

وكذلك قول أبي بكر (رضي الله عنه) ليزيد في حديث مرفوع : « وَلَا تُحْرِقُوا عُشْرَانًا ، وَلَا تَقْطَعُوا شَجَرَةً إِلَّا لِلنَّفْعِ ، وَلَا تَعْقِرُوا بَهِيمَةً إِلَّا لِلنَّفْعِ ، وَلَا تُحْرِقُوا نَخْلًا وَلَا تُفْرِقَهُ » ⁽³⁾ فإن ذلك يدل على تحريم إتلاف الأشجار للعدو سواء في ذلك قطعها أو إحراقها وهو قول الأوزاعي والليث وأبي ثور وهو إحدى الروايتين للحنابلة .

ثانيهما : يجوز أن تُقَطَّع ، وهو قول كثير من العلماء وفيهم الحنفية والمالكية والحنابلة في الرواية الثانية عنهم ، وقال به إسحق وإثني المنذر .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْتَةٍ أَوْ نَضِيتُمْهَا فَلَا حِمْلَ عَلَى أَصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْرِجَ الْفَنَاسِقِينَ ﴾ ⁽⁴⁾ ، فقد دلَّت هذه الآية على جواز قطع الأشجار للكفار بقصد إضعافهم ولما في ذلك من كبت لهم وإغاطة ، وهذا مقتضى قوله تعالى ﴿ وَلِيُخْرِجَ الْفَنَاسِقِينَ ﴾ ⁽⁵⁾ .

أما الشافعية فقالوا : إذا كانت الأشجار معاقلة للكفار في الحرب جاز قطعها أو إتلافها ، أمَّا إذا لم تكن لهم معاقلة فلا تُقَطَّع ، وقيل : إنَّ أَهْلَ الْمُسْلِمُونَ أَنَّ الْأَشْجَارَ سَوْفَ تَوُولُ مِنْفَعَتَهَا لَهُمْ فِيمَا بَقِدَتْ تَرْكُوهَا ، ومن أجل ذلك نهى أبو بكر عن قطع الأشجار ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَعَدَ الْمُسْلِمِينَ بِفَتْحِ الشَّامِ ، فَأَمَّا أَبُو بَكْرٍ بِتَرْكِهَا لِيَبْقَى لَهُمْ

(1) مختصر المزني (ص 272) وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) والمغني (ج 8 ص 453) والبدائع (ج 7 ص 102) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 91) .

(3) البيهقي (ج 9 ص 90) .

(4) سورة الحشر الآية (5) .

(5) البدائع (ج 7 ص 100) وشرح فتح القدير ومع شرح العناية (ج 5 ص 447) والمغني (ج 8 ص 454)

وأسهل المدارك (ج 2 ص 5) .

منفعتها ، وإن لم يَسْتَقْبِلُوا أنها تكون لهم جاز قطعها إغاضة للكفار ، وإضعافاً لهم (1) .

الحرب من الكفار

لا يجوز للمسلمين أَنْ يَقْرُوا من الكفار في الحرب أصلاً ، وعلى المسلمين إذا لاقوا المشركين في القتال أَنْ يَتَّقُوا ولا يَتَضَعَّضُوا ، وأن يصبروا ولا يتزعزعوا ، وذلك هو شأن المسلم المستعصم بحبل الله ، والذي يحمل في قلبه عقيدة الإسلام ، لا يكون إلا شديد المراس قوي البأس ، رابط الجأش والعزيمة ، فلا تشاغ له بحال أن يهرب من أرض المعركة إلا لَأَنْ يُبَيِّتَهُ فيما بعد .

وفي وجوب الثبات عند القتال من غير لجبن ولا شحور ، يقول الله جلَّت قدرته مخاطباً المجاهدين المؤمنين أن لا تطير قلوبهم من العدو فرحاً فَيُؤَلُّوا الأديار هرباً ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَيْسَتْ فِتْنَةٌ فَاتَّبِعُوا ءَاذَكُرُوا اللَّهَ كَظِيْرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (2) .

ويقول عز من قائل : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَيْسَتْ الْفِتْنَةُ كَفَرُوا ذَخْرًا فَلَا تُولُوْهُمْ الْاَدْبَارَ ۚ وَمَنْ يُؤَلِّمْ يَؤْمِنُ دُبُرَهُ ۚ اِلَّا مُتَحَرِّكًا لِقَالِ اَوْ مُتَحَرِّجًا اِلَيْكَ فَنَقَرُوْا فَنَقْرُهُ بِئْسَ مَثْوًى لِّلَّذِيْنَ كَفَرُوْا ۚ ؕ وَالَّذِيْنَ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لِّهٖ مَخْرَجًا ۚ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۚ وَمَنْ يُّزِقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ يَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۚ ؕ اِنَّ اللَّهَ يُزِقُ مَنْ يَّشَاءُ مِنْ حَيْثُ يَّشَاءُ ۚ وَهُوَ عَلِيمٌ ذَكِيْرٌ ۚ ﴾ (3) .

وقد حذر النبي ﷺ بشدة من خطيئة الفرار من وجه العدو في المعركة وتوعد الهارين الخائرين بالإثم العظيم والكبير والعذاب البئيس ، فقد أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والبيهقي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « اجتنبوا السيئ المويقات » قالوا : يا رسول الله وما هن ؟ قال : « الإشراف بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الرخف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » (4) .

وروى الطبراني عن ثوبان (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « ثلاثة لا ينفع متهم عمل : الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، والفوار من الرخف » (5) .

(1) مختصر المزني (ص 272) وبداية المجتهد (ج 2 ص 328) .

(2) سورة الأنفال الآية (15 ، 16) .

(3) الحديث رواه البخاري (462 / 5) برقم (2766) ومسلم (92 / 1) برقم (89) وأبو داود (204 / 1) برقم (2874) والترمذي (257 / 6) برقم (3671) وانظر الترغيب والترهيب (ج 2 ص 302 ، 303) .

(4) قال المنذري في الترغيب والترهيب (272 / 2) برقم (2000) رواه الطبراني في الكبير وقال محققه في

الهامش : « ضعيف » قال الهيثمي في مجمع الزوائد (104 / 1) رواه الطبراني في الكبير وفيه يزيد بن ربيعة

ضعيف جداً . وانظر الترغيب والترهيب (ج 2 ص 302) .

وروى أحمد بإسناده عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « من ألقى الله عز وجل لا يشرك به شيئاً ، وأدّى زكاة ماله طيبة بها نفسه مُحْتَسِباً ، وسمع وأطاع فله الجنة ، أو دخل الجنة ، وخمس ليس له من كفارة : الشرك بالله ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت مؤمن ، والفرار من الزحف ، ويميت صابرة يقتطع بها مالاً بغير حق » (1) .

إذا ثبت هذا فإنه إذا لاقى المسلمون المشركين في الحرب وجب على المسلمين أن يثبتوا ويحزم عليهم بذلك أن يهزبوا ، وأما حرب من ساحة الحرب فهي خطيئة عظيمة ، وإثم كبير ، على أنه يجب الثبات بشرطين هما :

الشرط الأول : أن لا يكون الكفار أزيد من مثلي عدد المسلمين فإن زادوا على مثليهم فقد جاز للمسلمين أن يفتلوا من وجه عدوهم إلى حيث النجاة والسلامة ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ أَلَنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ سَاعَةً فَأَنْ يُكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾ (2) .

وفي سبب نزول هذه الآية روي عن ابن عباس أنه قال : لما نزلت ﴿ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ﴾ (3) شق ذلك على المسلمين حتى فرض الله عليهم أن لا يفرو واحداً من عشرة ، ثم جاء التخفيف فقال : ﴿ أَلَنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ ﴾ إلى قوله ﴿ فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ﴾ قال : خفف الله عنهم من العدة ونقص من الصبر بقدر ما خفف عنهم (4) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : نزلت ﴿ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ﴾ قال : فرض عليهم أن لا يفرو رجل من عشرة ، ولا قوم من عشرة أمثالهم ، فجهد ذلك الناس وشق عليهم فنزلت : ﴿ أَلَنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ سَاعَةً فَأَنْ يُكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ﴾ قال : فأمروا أن لا يفرو رجل من رجلين ولا قوم من مثليهم (5) .

وأخرج البيهقي كذلك عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال : إن فو رجل من اثنين فقد فو ، وإن فو من ثلاثة لم يفو (6) .

(1) الحديث رواه أحمد (361 / 2) برقم (8722) . وانظر الترغيب والترهيب (ج 2 ص 302 ، 303) .

(2) سورة الأنفال الآية (66) . (3) سورة الأنفال الآية (65) .

(4) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 324) وتفسير البضاوي (ص 244) .

(5 ، 6) البيهقي (ج 9 ص 76) .

الشرط الثاني : أن لا يكون المقصود بالفرار التحريف لقتال أو التحيز إلى فئة ، فإن كان المقصود أحد هذين الأمرين جاز الفرار من وجه العدو في الحرب ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ ﴾ ⁽¹⁾ فقد اشتقت من النهي عن التولي يوم الزحف كلاً من التحريف للقتال ، أو التحيز إلى فئة .

والتحريف يعني الكفر بعد الفرار لتغيير العدو وهو من مكائيد الحرب ، أمّا التحيز إلى فئة فهو أن يفر من موقعه إلى فئة أخرى من المسلمين ليعينهم أو يستعين بهم ، سواء كانت المسافة بينه وبين الفئة الأخرى قريبة أو بعيدة ، حتى لو كانت المسافة بين الفئتين ما بين مصر والشام ، أو بين العراق والحجاز ، فإن ذلك يجوز ، وليس هو من القرار المحظور .

وجملة القول : أنه لا يجوز الفرار من العدو الذي يكون مثلي عدد المسلمين أو دون مثليهم ، أما ما زاد عن المثلي فيجوز للمسلمين أن يفتلوا عن وجه العدو ، ويشتتوا من ذلك حالتان هما : التحريف لقتال والتحيز لفئة ، فلا بأس بالفرار فيهما ؛ لأن ذلك لم يقصد به الهرب خوفاً ، وهو ما أجمع عليه العلماء ⁽²⁾ .

وجدير بالذكر هنا أنه ربما كان المؤمنون قلة ، وكان المشركون أكثرهم بعدة أضعاف لكن المسلمين يجدون في أنفسهم الكفاءة في القوة واشتداد البأس ، وأنهم قادرون على الثبات في وجه الكافرين مهما كثروا ، وذلك لتمام استعدادهم وعلو مستواهم في الخبرة والتدريب وقوة السلاح ، فإنه في مثل هذه الحال لا تمتنع للمسلمين أن يفرّوا من وجه العدو بل إن ثباتهم واصطبارهم على مواجهة العدو خير لهم مآلاً ، وأعظم أجراً .

وقال مالك : إن الضعف إنما يعتبر في القوة لا في العدد ، وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعتق جواداً منه وأجود سلاحاً وأشد قوة ⁽³⁾ .

أما أهل الظاهر ، فقد ذهبوا إلى تحريم الفرار من المشركين مهما كثر عددهم ، وذلك هو الأصل عندهم ، إلا أنه له أن ينوي في رجوعه من القتال التحيز إلى فئة أو ينوي الكفر إلى القتال ثانية ، أما إذا لم ينو شيئاً من ذلك إلا الفرار فذلك التولي والهرب ، وذلكم فسق يستلزم التوبة ، قال ابن حزم : ولا يحل لمسلم أن يفر عن مشرك ولا عن مشركين

(1) سورة الأنفال الآية (16) .

(2) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 293) وتفسير البيضاوي (ص 236) وبداية المجتهد (ج 2 ص 329) والمخني

(ج 8 ص 484 ، 485) والأم (ج 4 ص 169 ، 170) وتفسير القرطبي (ج 8 ص 44) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 330) .

ولو كثر عددهم أصلاً ، لكن ينوي في رجوعه التحيز إلى جماعة المسلمين إن رجا البلوغ إليهم ، أو ينوي الكثر إلى القتال ، فإن لم ينو إلا تولية دُبره هارباً فهو فاسق ما لم يثب (1) .

والقول بحظر التولي من المشركين مهما كثروا مخالف لما ذهب إليه عامة أهل العلم إذ قالوا بجواز الفرار من القتال إذا كان عدد المشركين يثلي عدي المسلمين استناداً إلى ظاهر الآية الكريمة : ﴿ فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ يَأْتِي صَابِرَةً يَغْلِبُوا بِمِثَالَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ﴾ (2) .

أما إذا لم يفر المسلمون من أرض المعركة ، وكان عدد الكافرين أضعاف عددهم فلا جرم . إن ذلك أفضل لما فيه من فضل الشهادة . وسنعرض لبيان هذه المسألة قريباً في حكم الاستسلام للأسر .

على أن المسلمين إذ يفرون من أرض المعركة - والعدو دون ميثاقهم - فإن لهم مندوحة عن الإثم والثأمة والقيام النفس ، وذلك أن ينوي المسلم عند الفرار التحريف لقتال أو التحيز إلى فئة ، وبذلك فإن المحظور هو تولية مخصوصة ، وهي أن يولي المسلم دُبره غير متحريف لقتال ولا متحيز إلى فئة .

وبذلك يثبت التولية إلى جهة التحريف والتحيز مستثناة من الحظر فلا تكون بذلك محظورة ، وقد يثبت أن التحريف لقتال كما لو انحاز المسلمون أو بعضهم إلى موضع يكون فيه القتال أمكن ، وذلك مثل أن ينحازوا من مواجهة الشمس أو الريح فيشتدّ برؤوسهما ، أو أن يذهبوا من أسفل إلى أعلى ، أو أن يذهبوا من موضع لا ماء فيه إلى موضع آخر ليجدوا فيه الماء ، ونحو ذلك (3) .

قال الإمام الشافعي (رحمه الله) في هذا : إذا غزا المسلمون أو غزوا فتهيبوا للقتال فلقوا ضيعتهم من العدو حزم عليهم أن يؤلوا عنهم إلا متحرفين إلى فئة ، فإن كان المشركون أكثر من ضيعتهم لم أحب لهم أن يؤلوا عنهم ، ولا يستوجب الشخط عندي من الله عز وعلا لو ولوا عنهم إلى غير التحريف للقتال ، والتحيز إلى فئة ؛ لأن الله عز وجل إنما يسخط على من ترك فرضه ، وإن فرض الله عز وجل في الجهاد إنما هو على أن يجاهد المسلمون ضيعتهم من العدو ، ويأثم المسلمون لو أطل عدو على أحد من

(1) سورة الأنفال الآية (66) .

(2) المحلى (ج 7 ص 292) .

(3) البدائع (ج 7 ص 99) والمغني (ج 8 ص 484 - 485) والألم (ج 4 ص 169) .

المسلمين وهم يقدرون على الخروج إليه بلا تضييع لما خلفهم من ثمر ، ثم إذا كان العدو ضعيفهم وأقل ، وإذا بقي المسلمون العدو فكثرتهم العدو أو قوتوا عليهم ، وإن لم يكثرهم بمكيدة أو غيرها فولّى المسلمون غير متحرفين لقتال أو متحيزين إلى فئة رجوت أن لا يأتقوا . ولا يخرجون - والله تعالى أعلم - من المأثم إلا بأن لا يولّوا العدو ذبوا إلا وهم ينوون أحد الأمرين من التحرف إلى القتال أو التحيز إلى فئة ، فإن ولّوا على غير نية واحد من الأمرين تخيبت أن يأتقوا (1) .

ويخرج عن ذلك ما لو كان ثمة مسلمون في سفينة تمخر في نيج البحر فاشتعلت فيها النار فخشى الذين فيها أن يخرقوا بالمكث أو يلقوا بأنفسهم فيموتوا غرقا ، فإنه يُنظر ، إن كان يقيتهم أنهم لو ألقوا بأنفسهم في البحر سبّحوا إلى حيث ينجون فقد وجب في حقهم أن يطرحوا أنفسهم في الماء ، وذلك يُشبه التحيز إلى الفئة في ساعة العسرة والخطر .

أما إذا استوى في يقينهم جانباً الفرق والحرق ، وهو أنهم إذا قاموا في السفينة احترقوا لا محالة ، وإذا طرحوا أنفسهم في الماء غرقوا في الماء وماتوا ، فثمة خلاف بين العلماء في ذلك ، فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن لهم الخيار بين الفرق والحرق ، وهو قول الأوزاعي إذ قال : هما مورتان فاختر أيسرهما ، ووجه هذا القول : أنه استوى الجانبان (الفرق والحرق) في الإفضاء إلى الهلاك فيثبت لهم بذلك الخيار ؛ لجواز أن يكون الهلاك بالفرق أهنّ من الحرق (2) .

وذهب الإمام محمد بن الحسن الشيباني وبعض الحنابلة إلى أنه لا يجوز لهم أن يطرخوا أنفسهم في الماء بل يلزمهم المكث في السفينة والاصطبار ، ووجه ذلك : أنهم لو طرحوا أنفسهم في الماء لهلكوا بفعل أنفسهم ، أمّا لو مكثوا في السفينة لهلكوا بفعل غيرهم (3) .

حكم الاستسلام للأسير

يُشكّ أنه لا يجوز للمسلمين أن يفرّوا من القتال إذا لم يكن العدو أزيد من مثليهم ، فإن كان أكثر من مثليهم جاز لهم الفرار ولو غير متحرفين لقتال أو متحيزين إلى فئة ، لكنهم لو لم يفرّوا بل صابروا أنفسهم وأتوا إلا المواجهة والقتال حتى الموت فلا جرم أن ذلك أفضل ، وذلك لأمرين :

(1) الأم (ج 4 ص 170) .

(2) البدائع (ج 7 ص 99) والمغني (ج 8 ص 487) .

(3) نفس المصدرين السابقين .

أحدهما : الفوزُ بالشهادة وما فيها من عظيمِ المثوبة وشموُ المنزلة في الآخرة .

ثانيهما : السلامة من استحواذِ المشركين وتحكُّمهم في المسلم الأسير وما يتمخض عنه الأسرُ من احتمالات الإذلال والهوان والفتنة إلى غير ذلك من وجوه القهر والكبت ، على أنه يُتاح للمسلم في هذه الحال أن يستسلمَ للأشرِ أملاً في النجاة من الموت ⁽¹⁾ ، وفي هذا أخرج البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : بعث النبي ﷺ سريةً عينا وأمر عليهم عاصم بن ثابت ، فانطلقوا حتى إذا كانوا بين عُسفان ومكة ذُكروا لحي من هُذيل يقال لهم بنو لحيان فتبعوهم بقريب من مائة رام فتبعوا آثارهم حتى أتوا منزلاً فنزلوا فوجدوا فيه نوى تمر تزودوه من المدينة فقالوا : هذا تمر يثرب فتبعوا آثارهم حتى لحقوهم فلجأ عاصم وأصحابه إلى قُدُف ⁽²⁾ فأحاط بهم القوم وقالوا : لكم العهد والميثاق إن نزلتم إلينا ألا نقتل منكم رجلاً . فقال عاصم : أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر ، اللهم أخبر عنا رسولك : فرمؤهم حتى قتلوا عاصمًا في سبعة نفرٍ بالثُّبُل وبقي خبيبٌ وزيدٌ ورجلٌ آخرٌ فأعطوهم العهد والميثاق ، فنزلوا إليهم فلما استمكنوا منهم حلوا أوتارَ قسيهم فربطوهم بها ، فقال الرجل الثالث : هذا أوَّلُ الغدرِ فأتى أن يصحبهم ، فجزّوه وعالجوه ، فلم يمثِّل قتلوه ، وانطلقوا بخبيب وزيد حتى باعوهما لأهل مكة ⁽³⁾ .

فذلّم عاصم (رضي الله عنه) ومعه الدين أتوا أن يستسلموا قد أخذوا بالعزيمة فقتلوا شهداء ، أما خبيب وزيد فقد أخذوا بالرخصة فاستسلموا للأمر فلا بأس في ذلك كله ولا تشريب ⁽⁴⁾ .

(1) اللغني (ج 8 ص 485) والأم (ج 4 ص 169) .

(2) القُدُفُ : المكان المرتفع .

(3) انظر التاج الجامع للأصول (ج 4 ص 437 ، 438) .

(4) اللغني (ج 8 ص 485) .

إعطاء الأمان

الأمانُ أو الأمن ضد الخوف أو عدم توقُّع مكروه في الزمن الآتي ، وأصله طمأنينة النفس وزوال الخوف ، والأمن : المستجير ليأمن على نفسه ⁽¹⁾ .
والأمان في الشرع : معناه إعطاء الأمن من المسلم للكافر من أهل الحزب ليطمئن على نفسه وماله وذريته ⁽²⁾ .

ركنُ الأمان

ركنُ الأمان ، هو اللفظ الدال عليه ، ويتحقق ذلك بكل لفظ يقيد المقصود وهو إعطاء الأمان ، ويكون ذلك باللفظ الصريح والكناية ، أمَّا الصريح : فهو كأن يقول المسلم للمشرك من دار الحرب : أمثلك أو أمثلكم أو أنتم في أمان أو أجرتكم . أمَّا الكناية : فكأن يقول للمشرك : أنت على ما تحب ، أو كن كيف شئت ، أو لا تخف ، ولا توجل ، أو لكم عهدُ الله ، أو ذمَّةُ الله ، أو ما يقوم مقام ذلك من الألفاظ الدالة على إعطاء الأمان .

ويكون الأمان كذلك بالكتابة والرسالة ، ويصح كذلك بالإشارة المفهومة من الأخرس ⁽³⁾ .

شروطُ الأمان

يُشترط لصحة الأمان جملةُ شروطٍ هي :

أولاً : العقلُ :

فإنه لا يجوز أمان المجنون الذي لا يعقل ، فإنَّ العقل شرطُ أهلية التصرف ، والمجنون ليس أهلاً للتصرف لعدم العقل ، وكذلك المعتوه لا يصبح أمانه ؛ لأنه يلحق بالمجنون من حيث الاختلال في العقل . وسلامة العقل عن الآفة شرطُ لأهلية التصريف ، وهو ما لا خلاف فيه .

(1) تاج العروس (ج 9 ص 124) ومختار الصحاح (ص 26) والقاموس المحيط (ج 4 ص 199) .

(2) البدائع (ج 7 ص 107) والمغني (ج 8 ص 396) .

(3) البدائع (ج 7 ص 106) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 226) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 468) وأسهل المدارك (ج 2 ص 17) .

ثانيا : البسوس :

فإنه لا يصح الأمان من الصبي ؛ لأنه ليس من أهل حكم الأمان فلا يكون أهلاً لإعطاء الأمان ، ووجه ذلك : أن الأمان يتوقف على التأمل والتفكير ، ولا يتحقق ذلك من الصبي لانشغاله باللعب واللعب ، وهو الذي عليه عاثة العلماء ⁽¹⁾ ، وقال أكثر المالكية : الأمان من الصبي العاقل ، وهو الذي يعقل مصلحة الأمان ، وقال بعضهم : يتوقف إمضاؤه على إجازة الإمام ⁽²⁾ .

ثالثاً : المسلم :

فلا يصح أمان الكافر حتى وإن كان يقاتل مع المسلمين ؛ لأن الكافر متهتم في حق المسلمين ، فأشبهه الحربي فلا تؤمن بحياته ، فإنه يشترط لصحة الأمان أن لا يكون فيه ضرر يلحق بالمسلمين كما نبهته في حينه .

ويستوي في الكافر ما لو كان ذمياً ، أو غيره ، فهو لا يصح أمانه بإطلاق ، ويدل على ذلك ما أخرجه البخاري والترمذي عن علي (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » ⁽³⁾ ، وعلى هذا فإن ذمة المسلمين إنما يسعى بها أدناهم ، وقد أضاف الأدنى إلى الضمير ، ويراد به هنا جماعة المسلمين ، فلا يصح أن يكون المغطى للأمان من غير جماعة المسلمين ، وكذلك قد جعل الذمة للمسلمين فلا تحصل لغيرهم ⁽⁴⁾ .

قال الكمال بن الهمام في شرحه للهداية : ولا يجوز أمان ذمي ، لأنه متهتم بهم على المسلمين لوافقته لهم اعتقاداً ، وأيضاً لا ولاية لكافر على مسلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ ⁽⁵⁾ والأمان من باب الولاية ؛ لأنه نفاذ كلامه (الكافر) على غيره شاء أو أئى ⁽⁶⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 106) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 225) وأسهل المدارك (ج 2 ص 17) والمغني (ج 8 ص 396) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 17) . (3) التاج الجامع للأصول (ج 4 ص 400) .

(4) المغني (ج 8 ص 398) والتم (ج 4 ص 226) وبداية المجتهد (ج 2 ص 326) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 465) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 225 ، 226) .

(5) سورة النساء الآية (141) . (6) شرح فتح القدير (ج 5 ص 465) .

رابعاً : الاختيار :

فلا يصح الأمان من المكروه ؛ لأن من شرط الصّحة لإعطاء الأمان وجودة التكليف والمكروه غير مكلف ، فلا يصح عقده أو أمانه ؛ لاحتمال الضّرر بحقوق المسلمين وهو ما لا خلاف فيه ، ويتّضح من ذلك حكم الأمان من الأسير ، فهو لا يصح أمانه وهو في دار الحرب ؛ لأنه متهّم في حقّ المسلمين لكونه مَقْهُوراً في أيدي الكُفّار فهم لا يَخَافونه ، والأمان إنما يختص بمحل الخوف ، وكذلك فإن الأسير في دار الحرب يحتمل إجازته على إعطاء الأمان فلا يكون ذلك في مصلحة المسلمين ، وذلك الذي عليه الحنفية والشافعية في أحد القولين لهم ، وهو قول الثوري أيضاً ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنابلة والشافعية في قولهم الثاني إلى جواز الأمان من الأسير في دار الحرب ، وذلك شريطة أن يثقّه وهو غير مكروه ، وذلك قياساً على غيره من المسلمين ⁽²⁾ ، واستدلالاً بعموم الحديث : « ذِمَّةُ المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » .

وما ذكر في أمان الأسير من حكم وخلاف فإنه ينسحب على أمان كل من التاجر والأجير اللذين في دار الحرب ، وكذلك الحربي الذي أسلم هناك .

ويصح الأمان من العبد ؛ لأنه واحد من المسلمين ، فقد أخرج البيهقي عن عليّ قال : قال رسول الله ﷺ : « ذِمَّةُ المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ، فمن أخفر مُسْلِمًا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » ⁽³⁾ .

وأخرج البيهقي أيضاً عن عليّ قال : قال رسول الله ﷺ : « ليس للعبد من الغنيمة شيء إلا خرني المتاع وأمانه جائز إذا هو أعطى القوم الأمان » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك أن عمر بن الخطاب كتب : « إن العبد من المسلمين وذمته ذمتهم وأمنهم » ⁽⁵⁾ .

وكذلك يصح أمان المرأة المسلمة التي تتحقّق فيها شروط التكليف من العقل والبلوغ والاختيار . وذلك الذي عليه كافة أهل العلم ⁽⁶⁾ ، وفي هذا أخرج البخاري وأبو داود

(1) شرح فتح القدير (ج 5 ص 465) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 226) والمغني (ج 8 ص 397) .

(2) المغني (ج 8 ص 397) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 226) .

(3 - 5) البيهقي (ج 9 ص 94) .

(6) شرح فتح القدير (ج 5 ص 463) وأسفل للدارك (ج 2 ص 17) والأم (ج 4 ص 226) وبدلية المجتهد (ج 2 ص 326) .

والترمذي عن أم هانئ بنت أبي طالب (رضي الله عنها) قالت : قلت : يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلاً قد أجرته فلان ابن هُبيرة . فقال رسول الله ﷺ : « قد أجزنا من أجزت يا أم هانئ » (1) .

وأخرج البيهقي عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن زينب بنت رسول الله ﷺ أرسل إليها زوجها أبو العاص بن الربيع أن تحلي لي أماناً من أبيك ، فخرجت فاطلعت رأستها من باب حجرتها والنبي ﷺ في صلاة الصبح يُصلي بالناس فقالت : أيها الناس أنا زينب بنت رسول الله ﷺ وإني قد أجزت أبا العاص ، فلما فرغ النبي ﷺ من الصلاة قال : « أيها الناس إني لم أعلم بهذا حتى سمعته ، ألا وإنه يجير على المسلمين أذنهم » (2) .

وفي رواية أخرى للبيهقي عن يزيد بن رومان قال : لما دخل أبو العاص بن الربيع على زينب بنت رسول الله ﷺ ، واستجار بها ، خرج رسول الله ﷺ إلى الصبح فلما تكرر في الصلاة صرخت زينب : « أيها الناس إني قد أجزت أبا العاص بن الربيع ، فلما سلم رسول الله ﷺ من صلاته قال : « أيها الناس هل سمعتم ما سمعتم ؟ » قالوا : نعم ، قال : « أمّا والذي نفس محمد بيده ما علمت بشيء مما كان حتي سمعت منه ما سمعتم ، إنه يجير على المسلمين أذنهم » ثم دخل رسول الله ﷺ على زينب فقال : « أي بنيّة أكرمي مثواه ، ولا يقرنك فإنك لا تحلين له ولا تحجل لك » (3) .

وأخرج البيهقي عن علي (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ : « المؤمنون تكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أذنهم » (4) وهذا دليل على المساواة بين المسلمين ذكورا وإنثاء أحراراً وعبيداً ؛ إذ يصح الأمان من أيهم . على أن الأمان يجب أن يكون فيه تحقيق لمصلحة المسلمين ، أما ما كان من أمان يضّر بالمسلمين فلا يجوز ، ولو كان من الإمام نفسه (5) ؛ وذلك للحديث : « لا ضرر ولا ضرار » (6) أي أنه لا يجوز أن يضّر أحد نفسه ، ولا يضّر غيره ، ويتمخرج عن ذلك أمان الجاسوس فإنه لا

(1) الحديث رواه البخاري (559 / 1) برقم (357) ومسلم (498 / 1) برقم (336) (82 في صلاة المسافرين) وأبو داود (193 / 3) برقم (2763) وانظر الفاج الجامع للأصول (ج 4 ص 400) .

(2) (3) البيهقي (ج 9 ص 95) . (4) البيهقي (ج 9 ص 94) .

(5) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 226) وأسهل المنارك (ج 2 ص 17) .

(6) الحديث رواه ابن ماجه (784 / 2) برقم (2340) وأحمد (326 / 5 و 327) وصححه الألباني في إرواء

الغليل (408 / 3) برقم (896) ، وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 749) .

يصبح ، وأما أمان من هذا القبيل فهو باطل ، لما فيه من ضرر بالمسلمين ، والجاسوس من أشدّ المشركين عُثُورًا وإضرارًا بالمسلمين فلا شئاع لمسلم بحال أن يُعطيه أمانًا ، بل تُجِبُّ المبادرة بقتله إذا أمّنيك به ، فقد أخرج أبو داود عن ابن سلمة بن الأكوع عن أبيه قال : أتى النبي ﷺ عيّ من المشركين وهو في سفَرٍ فجلس عند أصحابه ثم انسل ، فقال النبي ﷺ « اطلّبوه فاقتلوه » قال : فسبقتهم إليه فقتلته وأخذت سلبه فقتلني إياه ⁽¹⁾ . وكذلك لا يصح أمان الطليعة وهم الذين يتقدمون على الجيش ليطالعوا على أحوال عدوهم ثم يُخبروهم ⁽²⁾ .

صفة الأمان

الأمان عقد غير لازم يُنْطَلِقُ الإيجاب فيه بأحد المسلمين أو إمامهم ، وإن رأى معطي الأمان أن ينقض هذا العقد نقضه ، لأن المقصود به تحقيق المصلحة للإسلام والمسلمين ، وكيفية نقض الأمان متعلقة بنوع الأمان ، فإن كان الأمان مؤقتًا إلى وقت معلوم فإنه ينتهي بِمُضَيِّقِ هذا الوقت من غير حاجة لنقضه ، أما مدة الأمان المؤقت فيشترط أن لا تزيد على أربعة أشهر ، وقيل سنة كالهذنة ، أما إن كان الأمان مطلقًا وهو عقد الدّميّة - فإنه ينتقض بنقض الإمام له ، فإذا نقضه انقض ، ويشترط لذلك أن يُخبرهم بالنقض إيقاظًا لهم بعد ذلك إن وجد في قتالهم مصلحة . وينتقض أيضًا بحجاء أهل الحيض بالأمان إلى الإمام فينتقض ⁽³⁾ .

على أنه يصح الأمان من أحد المسلمين للواحد من المشركين أو للعدد المحصور منهم كالعشرة أو المائة أو القافلة الصغيرة والحيض الصغير ، أمّا من لم يعلم عددهم فلا يصح أمان الواحد من المسلمين لهم ، وذلك كما لو كانوا أهل ناحية أو بلدة أو جمعة كثيرًا من الناس غير محصور ، أو نحو ذلك ، لأن مثل هذا الأمان يفضي إلى سد باب الجهاد ، وهو قول الحنابلة ، والمالكية في الظاهر من مذاهبهم ، والشافعية في المتقدم من قولهم . أمّا الإمام فيصح أمّنته لأحد الكفار ، أو لجمع كبير منهم مهما كثروا ، وذلك لأن الإمام ولايته عامة على المسلمين ، وكذا نائبه الأمير يصح أمّنته لمن كان بإزاره من المشركين ⁽⁴⁾ .

(1) أبو داود (ج 4 ص 48 ، 49) . (2) حاشيتا القليري وعميرة (ج 4 ص 226) .

(3) البدائع (ج 7 ص 107) وحاشيتا القليري وعميرة (ج 4 ص 226) .

(4) المنبي (ج 8 ص 398) وأسهل المدارك (ج 2 ص 17) وحاشيتا القليري وعميرة (ج 4 ص 226) وأسهل المدارك (ج 2 ص 17) .

أما الخنيفة فإنه يصح عندهم الأمان من المسلم للجماعة الكثيرة من المشركين من غير اشتراط لحضرهم في عدد مغلوم ، وبذلك يصح أن يعطيه لأهل الميصر أو القرية ⁽¹⁾ .

نوعا الأمان

الأمان نوعان هما : الأمان المؤقت ، والأمان المؤبد .

النوع الأول : الأمان المؤقت :

وصورته ما لو حاصر المسلمون مدينة للكافرين أو حصنًا من محصورينهم فبشأنهم الكفار ويؤمنهم المسلمون ، وذلك بالقول لهم : أمناكم أو أجوناكم ، وقد ورد الشرع بذلك في قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَةَ اللَّهِ ﴾ ⁽²⁾ ، ثم قول النبي ﷺ : « أجونا من أجرت وأمنا من أمنت » ⁽³⁾ ، وكذلك قوله ﷺ : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل المسجد فهو آمن » ⁽⁴⁾ .

ويجزي كذلك من الألفاظ في الأمان ما يقوم مقام ذلك مما يفيد المعنى كأن يقول : لا تخف ، أو لا تذهل ، أو لا تخش ، أو لا خوف عليك ، أو لا بأس عليك ⁽⁵⁾ .
وقد عرضنا لذلك كله سابقا .

النوع الثاني : الأمان المؤبد :

وهو الأمان المطلق الذي لا يحلّه وقت أصلا ، وهو المسمى بعقد الذمة الذي ينبغي لأهل الكتاب ، ولا يصح عقد الذمة إلا من الإمام ، أو نائبه ، وهو ما لا خلاف فيه ؛ لأن ذلك منوط بالإمام إذ يجب وجه المصلحة للمسلمين ، فيعمل بمقتضاها وهو أعرف بذلك من غيره من أحاد الناس ، وعلى هذا لا يصح لواحد أن يفتات على الإمام في عقد الذمة ، فإن فعله أحد غير الإمام أو نائبه لم يصح ، وإذا طلب أهل الكتاب عقد الذمة ، ودفع الجزية ، لزم الإمام إجابتهم لذلك ؛ لأن الله تعالى جعل غاية قتالهم قبول الجزية ، فإن قبلوها لزم دفع القتل عنهم ، وعقد الذمة لهم ⁽⁶⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 107) . (2) سورة التوبة الآية (6) . (3) أبو داود (ج 3 ص 84) .

(4) الحديث رواه مسلم (3 / 1405) برقم (1780) وانظر سيرة ابن هشام (ج 4 ص 46) .

(5) المغني (ج 8 ص 489) والبدائع (ج 7 ص 106) وحاشيتا القلوبي وعميرة (ج 4 ص 226) .

(6) المغني (ج 8 ص 505) ، وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 5 ص 467) ، والبدائع (ج 7 ص

ونعرض بعد هذا للحديث عن الأمان المؤبد من حيث ركته ، وشرطه ، ومن حيث حكمه ، وصفته .

ركن الأمان المؤبد

يتحقق الركن للأمان المؤبد باللفظ ، وهو ما كان من عبارة تدل عليه وهو لفظ العهد أو العهد ، ويتحقق كذلك بالدلالة ، وهي ما كان من فعل يدل على قبول المشترك للجزية ، وذلك كما لو دخل خزني في دار الإسلام بأمان ، فيمكث فيها سنة ، ويطلب منه الإمام أن يخرج أو يكون ذمياً ، وذلك أن الحربي لو دخل دار الإسلام بأمان ، فإنه ينبغي للإمام أن يضرب له مدة معلومة مثلما نراه (الإمام) ، حتى إذا جاوز هذه المدة المضروبة جعله من أهل الذمة ، فصار بذلك ذمياً ، لأنه أعلمه بذلك مسبقاً ، وبعد مكثه السنة من موجد إشعاره بذلك بأخذ منه الإمام الجزية ، وذلك لأنها (الجزية) تجب على الذمي بعد الحول ⁽¹⁾ ، وبأني تفصيل ذلك في الحديث عن الجزية إن شاء الله .

شروط الأمان المؤبد

ثمة شروط أربعة يجب تحققها في الأمان المؤبد ليكون صحيحاً :

الشروط الأول :

أن لا يكون الحربي من المشركين (غير أهل الكتاب) فإن المشركين الذين ليسوا من اليهود والنصارى ومن تلحق بهم من المحوسب لا يقبل منهم غير الإسلام أو القتال ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَخْصِرْهُمْ وَأَقْمِدُوا لَهُمْ كُلَّ سَرِيسَةٍ فَإِنْ قَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ ذَوِیْلٌ (2) ، فقد أمر الله جل وعلا بقتل المشركين وعدم تخليص سبيلهم حتى يتوبوا ، وتوبتهم إما تكون بإسلامهم ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ (3) ، فقد خص الله الذين أوتوا الكتاب بقبول الجزية منهم نظير إقرارهم على دينهم ، وفي إقامتهم

(1) البهائم (ج 7 ص 110) والمغني (ج 8 ص 504) وبداية المجتهد (ج 2 ص 144) .

(2) سورة التوبة الآية (5) .

(3) سورة التوبة الآية (29) .

آمنين مطمئنين ، وعلى هذا فإن الأمان المطلق لا يجوز إلا لأهل الكتاب ، وهو مالا خلاف فيه ، يستوي في ذلك ما لو كان أهل الكتاب من الغرب أو من غيرهم من الأعاجم ؛ وذلك لعدم التخصيص المتعلق بأهل الكتاب ، ويجوز هذا العقد أيضًا مع المجوس ؛ لأنهم ملحقون بأهل الكتاب من حيث أخذ الجزية منهم ، وقد بينا ذلك في حينه (1) .

الشرط الثاني :

أن لا يكون الحربي مرتدًا ، فإن المرتد لا يقبل منه غير الرجوع إلى الإسلام أو القتل ، ولا شياغ بحال لإعطائه الأمان نظير أخذ الجزية منه .

ووجه ذلك : أن المرتد قد سبق له أن أدرك محايير الإسلام وما انطوى عليه هذا الدين الحنيف من خير وفضل وروائع ، لكنه مع ذلك كله قد أبى وعتا وقرء ؛ إذ خرج من هذا الدين الحنيف ، وذلك في غاية من الشكران والجهل وفساد الطبع والفطرة فلا يستأهل بذلك غير القتل إلا أن يتوبه بإثمه فيبادر بالتوبة حالًا (2) .

الشرط الثالث :

أن يكون عقد الأمان في حق أهل الكتاب على التأيد ، وأما توقيت له فيعطله ، ووجه ذلك : أن عقد الدمة يفيد العصمة لأهل الكتاب بإعطائهم الأمان مقابل التزامهم بدفع الجزية في كل حوّل جزاء تأييدهم ، وحقن دمايهم مع إقرارهم في بلادهم على دينهم (3) .

الشرط الرابع :

التزام أحكام الإسلام ، فهم إذا دخلوا في ذمة الإسلام والمسلمين وقبلوا أداء الجزية وجب عليهم أن تجري عليهم أحكام المسلمين ، وذلك فيما وافق شريعتهم ، أو فيما كانت تخلو منه شريعتهم مما يتعلق بقضايا الإنسان ومشكلاته (4) .

(1) البدائع (ج 7 ص 110) والمغني (ج 8 ص 496) وبداية المجتهد (ج 2 ص 343) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 229) .

(2) البدائع (ج 7 ص 111) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 459) وأسهل المدارك (ج 2 ص 7) .

(3) البدائع (ج 7 ص 111) وأسهل المدارك (ج 2 ص 6) والمغني (ج 8 ص 500) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 228) .

(4) المغني (ج 8 ص 500) وأسهل المدارك (ج 2 ص 6) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 228) والخلعي (ج 7 ص 346) والآم (ج 4 ص 279) .

قال الإمام الشافعي : ولو حاصرنّا أهل مدينة من أهل الكتاب فعرضوا علينا أن يُعطونا الجزية لم يكن لنا قتالهم إذا أعطوناها ، وأن يجري عليهم حكمنا ، وإن قالوا نُعطيكُمونها ، ولا يجري علينا حكمكم لم يلزمنا أن نقبلها منهم ؛ لأن الله عز وجل قال : ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ⁽¹⁾ فلم أسمع مخالفا في أن الصغار أن يعلّو حكم الإسلام على حكم الشرك ويجري عليهم ⁽²⁾ .

وذهب أهل الظاهر إلى الحظر على أهل الذمة من إظهار شيء من كفرهم ، مما يحرمه الإسلام ؛ لأن ذلك يقتضيه مدلول الصغار في قوله تعالى : ﴿ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ .

قال ابن حزم : والصغار هو أن يجري حكم الإسلام عليهم وأن لا يظهروا شيئا من كفرهم ، ولا مما يتخرم في دين الإسلام ⁽³⁾ ، قال عز وجل : ﴿ وَفَلْيُؤْهِمُ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا ﴾ ⁽⁴⁾ .

حكم الأمان المؤبد

يرتب على الأمان المؤبد أحكام من أهمها وأظهرها : عصمة النفس التي عُقِدَ معها الأمان ، ووجه ذلك أن مقتضيات الأمان لأهل الذمة الكف عن قتالهم ، وإقرارهم على دينهم في بلادهم ، وبدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ⁽⁵⁾ فقد نهى الله جل وعلا عن إبادة قتالي أهل الكتاب إلى غاية أداء الجزية ، وإذا انتهت إبادة القتال فقد ثبتت العصمة لهم ، وكذلك تثبت لهم عصمة المآل ؛ لأن هذه العصمة تابعة لعصمة النفس ⁽⁶⁾ ، وقد ورد عن النبي ﷺ جملة أخبار فيها تحذير شديد من ظلم أهل الذمة للمقاتلين أو الاعتداء عليهم في أموالهم وأمنهم ، فقد أخرج البيهقي عن ابن عوف أن النبي ﷺ صلى بالناس ثم قام فقال : « أبحسب أحدكم منكبا على أريكته قد يظن أن الله عز وجل لم يُحرّم شيئا إلا ما في هذا القرآن ، ألا وإني والله قد أمرت ووعظت ونهيت عن أشياء ، إنها كمثل القرآن أو أكثر ، وإن الله عز وجل لم يُجلّ لكم أن تدخلوا

(1) سورة التوبة الآية (29) .

(2) الأم (ج 4 ص 279) .

(3) المحلى (ج 7 ص 346) .

(4) سورة الأنفال الآية (39) .

(5) سورة التوبة الآية (29) .

(6) البدائع (ج 7 / 111) وأسهل المدارك (ج 2 ص 6) والأم (ج 4 ص 279) .

ثَبُوتُ أَهْلِ الْكِتَابِ إِلَّا بِإِذْنٍ وَلَا ضَرْبُ نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلُ ثَمَارِهِمْ إِذَا أَعْطَوْكُمُ الَّذِي عَلَيْهِمْ ⁽¹⁾ .

وأخرج البيهقي أيضاً عن رجلٍ من مُجَهَّيْنَةٍ من أصحاب النبي ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تُقَاتِلُونَ قَوْمًا وَتُظْهِرُونَ عَلَيْهِمْ ، فَيَقَاتِلُوكُمْ بِأَمْوَالِهِمْ دُونَ أَنْفُسِهِمْ وَأَبْنَائِهِمْ ، وَتُضَالِحُوهُمْ عَلَى صَلَاحٍ ، فَلَا تُصَيِّبُوا مِنْهُمْ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَكُمْ » ⁽²⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك عن صفوان بن سليم أنه أخبر عن ثلاثين من أبناء أصحاب رسول الله ﷺ عن آبائهم عن رسول الله ﷺ قال : « أَلَا مِنْ ظَلَمَ مَعَاهِدًا وَانْتَقَضَهُ ، وَكَتَفَهُ فَوْقَ طَائِفَتِهِ ، أَوْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْقًا بَغِيرَ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ ، فَأَنَا حَجِيجُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ - وَأَشَارَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَصْبِعِهِ إِلَى صَدْرِهِ - أَلَا وَمَنْ قَتَلَ مَعَاهِدًا لَهُ ذِمَّةُ اللَّهِ وَذِمَّةُ رَسُولِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ رِيحُ الْجَنَّةِ ، وَإِنْ رِيحُهَا لَتُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ سَبْعِينَ خَرِيفًا » ⁽³⁾ .

وأخرج أبو داود عن ثريدة عن أبيه قال : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا بَعَثَ أَمِيرًا عَلَى سَرِيَةٍ أَوْ جَيْشٍ أَوْصَاهُ بِتَقْوَى اللَّهِ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ ، وَبِمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا ، وَقَالَ : « إِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَادْعُهُمْ إِلَى إِحْدَى ثَلَاثٍ يَخْصُلُ ، فَأَيْتَهَا أَجَابُوكَ إِلَيْهَا فَاقْبَلْ مِنْهُمْ ، وَكُفَّ عَنْهُمْ : اذْعُهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ أَجَابُوكَ . فَاقْبَلْ مِنْهُمْ ، وَكُفَّ عَنْهُمْ ، ثُمَّ اذْعُهُمْ إِلَى التَّحُولِ مِنْ دَارِهِمْ إِلَى دَارِ الْمُهَاجِرِينَ ، وَأَعْلِمُهُمْ أَنَّهُمْ إِنْ فَعَلُوا ذَلِكَ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُهَاجِرِينَ ، وَأَنْ عَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُهَاجِرِينَ ، فَإِنْ أَجَابُوا ، وَاخْتَارُوا دَارَهُمْ فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّهُمْ يَكُونُونَ كَأَعْرَابِ الْمُسْلِمِينَ : يَجْرِي عَلَيْهِمْ حُكْمُ اللَّهِ الَّذِي يَجْرِي عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ، وَلَا يَكُونُ لَهُمْ فِي الْفِيءِ وَالْغَنِيمَةِ نَصِيبٌ إِلَّا أَنْ يَجَاهِدُوا مَعَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ هُمْ أَتَوْا فَادْعُهُمْ إِلَى إِعْطَاءِ الْجَزْيَةِ ، فَإِنْ أَجَابُوا فَاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ، فَإِنْ أَتَوْا فَاسْتَعِنْ بِاللَّهِ وَقَاتِلْهُمْ » ⁽⁴⁾ .

صفة عقد الذمة

عقد الذمة في حق المسلمين لازم ، إذ لا يملك المسلمون أن ينقضوه بحال ، فإذا دفع أهل الذمة الجزية لزم المسلمين قبولها ، وحرّم عليهم أن يقاتلوه ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ⁽⁵⁾ فجعل الله جلّ وعلا إعطاء الجزية

(3) البيهقي (ج 9 ص 205) .

(5) سورة التوبة الآية (29) .

(1) (2) البيهقي (ج 9 ص 204) .

(4) أبو داود (ج 3 ص 37) .

غاية لقتالهم فمتى بذلوا لم يُجزّ قتالهم ، وكذلك الحديث : « فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم » وهذا يدل على لزوم عقد الذمة في حق المسلمين إذا عرض أهل الكتاب ، ولا مُشاغ لرؤده من المسلمين ⁽¹⁾ .

ذلك في حق المسلمين ، أمّا في حق أهل الذمة فإنَّ عقد الأمان غير لازم ؛ إذ يمكن لهم أن ينقضوه ، ويحصل نقضه في هذه الحالات :

الحالة الأولى : إسلام الذمّي ، فإنَّ أسلم سقطت الجزية وانتهى عقد الذمة ⁽²⁾ ، ذلك أن عقد الذمة لجعل طريقاً يسلكه أهل الذمة ليتعرّفوا على الإسلام في خيره ، وفضيله ، وجماله ، وكمال شريعته ، ولتعرّفوا كذلك على المسلمين في وافر رحمتهم ، وحسن معاملتهم ، وطيب معشرهم ، وأخلاقهم ، فلاجزم أن يكون ذلك كله سبباً يتحمل العقول ، والقلوب للانشداد إلى دين الإسلام ، حتى إذا استمرَّ أهل الكتاب مذاق هذا الدين التميّز دخلوا فيه أفواجا ، وذلك الذي تحقّق للأجيال الفاتية ، وعلى هذا إذا حصل المقصود بعقد الذمة فقد انتقض هذا العقد .

الحالة الثانية : لحاق الذمي بدار الحرب ، فإذا لحق بدار الحرب لم تجب عليه الجزية ، بل يحل قتله ؛ لأنه لما رضي بدفع الجزية صان نفسه من الإزهاق وماله من الاعتنام ، فإنَّ نقض العهد جاز قتله ، وحلّ ماله كالمرتد ، والفرق بينه وبين المرتد ، أنَّ الذمي اللاحق بدار الحرب إذا وقع في أيدي المسلمين استرقوه ، أمّا المرتد إذا وقع في أيديهم ، فإنما أن يورث يائمه ، ويُسليم ، أو يُقتل ⁽³⁾ .

الحالة الثالثة : أن يغلب أهل الذمة على موضع فيحاربوا المسلمين فيه ، فإذا قتلوا ذلك صاروا من أهل الحرب ، وانتقض بذلك عقد الذمة ، على أن صيرورتهم من أهل الحرب يستوي فيها لحاقهم بدار الحرب فعلاً ، أو قيامهم بدار الإسلام وإعلانهم الحرب على المسلمين ⁽⁴⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 112) والمغني (ج 8 ص 504) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 226) .

(2) البدائع (ج 7 ص 113) وأسهل للمبارك (ج 2 ص 6) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 236) والمغني (ج 8 ص 459) .

(3) البدائع (ج 7 ص 113) والمغني (ج 8 ص 459) والأم (ج 4 ص 186) .

(4) البدائع (ج 7 ص 113) والمغني (ج 8 ص 459) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 236) والأم (ج 4 ص 186) .

قال الإمام الشافعي في نقض العهد : وإذا نقضَ الذين عَقَدُوا الصلحَ عليهم ، أو نقضت منهم جماعةٌ بين أظهرهم ، فلم يخالفوا الناقضَ بقول ، أو فَعَلَ ظاهرٍ قبل أن يَأْتُوا الإمامَ ، أو يعتزلوا بلادهم ، ويرسلوا إلى الإمام إنا على صلحتنا ، أو يكون الذين نَقَضُوا خرجوا إلى قتالِ المسلمين ، أو أهل ذمةَ المسلمين فَيَمِيتُونِ المقاتلين ، أو يُجِينُونَ على من قَاتَلَهُمْ منهم ، فلِلإمام أن يغزوهم ، فإذا فعلَ فَلَمْ يخرجِ منهم إلى الإمامِ خارجٌ مما فعله جماعتهم فلِلإمام قتلُ مقاتلتهم وسبي ذراريهم وغنيمةَ أموالهم ، كانوا في وسط دارِ الإسلام ، أو في بلاد العدو (1) .

وجملة القول أنه إذا قاتل أهلُ الذمة المسلمين انتقضَ عهدهم ؛ لأن مقتضى عقدِ الذمة الأمانُ من الجانبين ، والقتالُ ينافي الأمانَ فانتقضَ به العهدُ (2) .

الحالة الرابعة : أن يفعلَ أهلُ الذمة ما فيه إضرارٌ بالمسلمين ؛ لأن ذلك ينافي مقتضى عقدِ الذمة فينتقضُ به ، وقد ذُكِرَ من ذلك جملةُ أشياء تنطوي على إضرارٍ بالمسلمين ، منها : ما لو زَنَّا ذميًّا بمسلمية ، أو أصابها باسم التَّكَاح ، فإن ذلك عدوان على حُرمة الإسلام والمسلمين يؤول بالتالي إلى انتقاضِ الذمة ، وكذلك ما لو قَتَلَ الذميُّ مُشْرِكًا عن دينه ، أو انقلبَ في البلادِ يُخَرِّضُ على تركِ الإسلام ويدعو غيره للدخول في دينه ، وكذلك ما لو أذى المسلمين بقطع الطريق عن بعضهم أو أخذهم ، فإن ذلك لا يَنْقُضُ ومقتضى عقدِ الذمة ، الذي يستلزم الصُّغار في حقِّ أهلِ الكتاب الذين رضوا بالعيش آمِنين سالمين في ظلِّ الإسلام ، وكذلك ما لو آوى الذميُّ مجاشوشًا أرسله الكفار ليتلصص في بلادِ المسلمين ، فيقفُ على بعض أخبارهم لينقلها إلى الأعداء ، وكذلك ما لو دُلَّ أهلُ الحرب على عِزِّات المسلمين ، وكذلك ما لو قَتَلَ الذميُّ مُشْرِكًا بغيرِ حق ، فإن ذلك إنما يعني الخروجَ عن مقتضى العقدِ وكذلك ما لو طَعَنَ الذميُّ في الإسلام ، أو في القرآن ، أو ذُكِرَ النبيُّ ﷺ بالقَوْلِ الفَاحِش ، أو تقوَّلَ عليه بالسوء والافتراء ، فإن ذلك مَدْعَاةٌ نقضِ العَقْد ، وهو قولُ الحنابلة في المعتدِّ من مذهبه وقالَت به الشافعية إن كان مشروطًا في العقد ، أما إذا لم يكن مشروطًا فلا ينتقضُ به العهد (3) .

أما الحنفية فقالوا : إن العقدَ لا ينتقض بشيءٍ من ذلك ، فلا ينتقضُ عقدُ الذمة بسببِ النبيِّ ﷺ ؛ لأن هذا زيادةٌ كفرٍ على كفرٍ ، والعقدُ يبقى مع أصلِ الكفرِ فيبقى مع

(1) الأم (ج 4 ص 186) .

(2) المهذب (ج 2 ص 257) .

(3) للمهذب (ج 2 ص 257) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 236) والمغني (ج 8 ص 525) .

الريادة ، وكذلك لو قُتل الذمّي مسلماً ، أو زنا بمسلمة ، لا ينتقض عقد الذمة ؛ لأن هذه مقاصد ارتكبوها ، وهي دون الكفر في القبح والحرمة . وقد بقيت الذمة مع الكفر فبقاؤها مع المعصية أولى ⁽¹⁾ .

الحالة الخامسة : الامتناع من دفع الجزية ، فإذا امتنع الذمّي من التزام الجزية انتقض عهده ؛ لأن عقد الذمة أصلاً مبنئ على الالتزام بدفع الجزية للمسلمين ، كيما يلبجوا حومة الإسلام ، ويدخلوا في عهد المسلمين ، فيحفظوا بالأمان والسلام ، وهو ما يقتضيه قوله تعالى : ﴿ حَقٌّ يُطْعَمُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ ⁽²⁾ وذلك الذي عليه الجمهور خلافاً للحنفية ، إذ قالوا : لو امتنع الذمّي من إعطاء الجزية فلا ينتقض عهده ؛ لأن الامتناع يحتمل أن يكون لغدر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال ⁽³⁾ .

الحالة السادسة : الامتناع من إجراء الأحكام عليهم ، والمراد أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن عقد الذمة يقتضي أن تجري على أهل الذمة أحكام المسلمين إلا ما ذكر في دينهم من إباحة أو تحريم ، فإن أبوا انتقض عقد الذمة ، وهو الذي عليه عامة أهل العلم ⁽⁴⁾ .

قال الشافعي : ولا يكون النقص للعهد إلا بجمع الجزية ، أو الحكم بعد الإقرار ، والامتناع بذلك ، ولو قال أؤذي الجزية ولا أقر بحكم نبذ إليه ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 111) .

(2) سورة التوبة الآية (29) .

(3) المغني (ج 8 ص 525) وحاشيتا القلوبي وعميرة (ج 4 ص 216) والبدائع (ج 7 ص 111) .

(4) المغني (ج 8 ص 525) وحاشيتا القلوبي وعميرة (ج 4 ص 216) وأسهل المدارك (ج 2 ص 11) والأم

(ج 4 ص 188) والمهذب (ج 2 ص 257) والبدائع (ج 1 ص 114) .

(5) الأم (ج 4 ص 188) .

اللجوء إلى الحرم

المراد بالحرم : المسجد الحرام ، ويدل على هذا قوله تعالى : ﴿ سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِّنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَا ﴾ والمراد به في الآية مكة ؛ لأن النبي ﷺ كان قد أسري به من بيت أم هانئ ، واسمها هند وهي بنت أبي طالب ، كانت تقول : ما أسري برسول الله ﷺ إلا وهو في بيتي نام عندي تلك الليلة في بيتي ، فصلّى المشاء الآخرة ، ثم نام وثمنا ، فلما كان قبيل الفجر أهبنا رسول الله ﷺ ، فلما صلى الصبح وصلينا معه قال : « يا أم هانئ لقد صليت معكم العشاء الآخرة كما رأيت بهذا الوادي ، ثم جئت بيت المقدس ، فصليت فيه ، ثم قد صليت صلاة العداة معكم الآن كما ترون » (1) .

والمقصود هنا من حيث الحكم أنه لا يُباح للحربي أن يدخل الحرم ، فإن أراد الدخول إليه مُتبع منه ، فإن جاء يُبغِي حاجة ، أو مصلحة جِيء إليه بمن يقضيها من غير أن يدخل بنفسه ، فلو جاء معه ميرة (طعام) ، أو تجارة خرج إليه من يشتري منه ، ولم يُترك هو يدخل ، وإن جاء رسولاً إلى إمام بالحرم خرج إليه من يأخذ منه رسالته ليبلغها للإمام ، أمّا إن دخل الحرم عالماً بالمنع عُزِّر ووجب إخراجُه (2) .

ولو اتجأ الحربي إلى الحرم ، فلا يباح قتله في الحرم ، ولكنه ينبغي حمله على الخروج ، وذلك بقطع الطعام عنه ، والشرب والامتناع من مُتبايعته ، وإيرائه مما يضطره للخروج ، فيقتل ، أمّا من حيث إخراجُه من الحرم فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد إلى أنه لا يجوز إخراجُه من الحرم ، كذلك فضلاً عن تحریم قتله داخل الحرم .

وذهبت الشافعية إلى إجباره على الخروج من الحرم ، ثم يُقتل بعد ذلك ، وهو قول أبي يوسف (3) ، وفي الجملة فإنه لا يُباح قتلُ الحربي في الحرم إذا لجأ إليه ؛ استدلالاً بقوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلْهُ كَانَ مَأْمُوتًا ﴾ (4) وقوله تعالى : ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَكْرًا مَّائِنًا وَيَصْخَفُفُ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ (5) بل يجب إخراجُه ، ثم التشكيل به بما يستحق .

قال ابن عباس : من عاذ بالبيت أعاده البيت ، ولكن لا يؤوى ، ولا يُطعم ، ولا

(1) سيرة ابن هشام (ج 2 ص 43) والمهذب (ج 2 ص 258) .

(2) المهذب (ج 2 ص 258) والمغني (ج 8 ص 531) .

(3) تفسير ابن كثير (ج 1 ص 384) وتفسير القرطبي (ج 4 ص 140 ، 141) والبدائع (ج 7 ص 114) والألم (ج 4 ص 290) .

(4) سورة آل عمران الآية (97) .

(5) سورة المنكوث الآية (67) .

يُشَقَّى ، فإذا خَرَجَ أَخَذَ يَدَيْهِ . وقال الحسن البصري وغيره في ذلك : كان الرجل يُقْتَلُ فيضع في عُثْقِهِ صَوْفَةٌ ، ويدخل الحَرَمَ فيلقاه ابنُ المقتول فلا يهيجُه حتى يخرج (١) .

والحَرَمُ من حيث مساحته ومداه فهو من طريق المدينة على ثلاثة أميال ، ومن طريق العراق على تسعة أميال ، ومن طريق الجعفرات على تسعة أميال ، ومن طريق الطائف على عشرة أميال ، ومن طريق جدة على عشرة أميال (٢) .

النهي عن قتل الرسول

ذهب أكثر أهل العلم إلى أن الرسل الجائين يحملون رسائل من الكُفَّار إلى الإمام لا يجوز قتلهم ، ووجه ذلك أن الرسل يأتون بأخبار الكفار ، وما يتعلق من ذلك بأمور الحرب فيتمكن الإمام من الوقوف على مقاصد العدو ، فيقرر بعد ذلك ما فيه مصلحة المسلمين ، ومن أجل ذلك لا تُقْتَلُ الرسل (٣) .

ويستدل على ذلك من السنة بما أخرجه أبو داود والبيهقي عن سلمة بن قيس بن مسعود عن أبيه قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ حين جاءه رسولاً مُسَيِّلَةً الكَذَّابِ بكتابه ، ورسولُ الله ﷺ يقول لهما : « وأنتما تقولان مثلما يقول ؟ » فقالا : نعم . فقال : « أما والله لولا أن الرسل لا تُقْتَلُ لضربت أعناقكما » (٤) .

وأخرج أبو داود والبيهقي أيضًا عن عبد الله بن مسعود قال : ما بيني وبين أحدٍ من العرب جنة (٥) ، وإنني مررتُ بمسجد لبني حنيفة فإذا هم يؤمون بمسيلمة ، فأرسل إليهم عبدُ الله فجاء بهم فاستأنهم غيّر ابن النواحة قال له : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول : « لولا أنك رسولٌ لضربت عنقك » فأنت اليوم لست برسولٍ فأمر فرقة من كعب فضربت عُثْقَهُ في السوق ثم قال : من أراد أن ينظر إلى ابن النواحة فليلا بالشوق (٦) .

وأخرج البيهقي عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) قال : « نهضت الشَّاةُ أن لا تقتل الرسل » (٧) .

(١) تفسير ابن كثير (ج ١ ص 384) . (٢) المهذب (ج ٢ ص 258) .

(٣) المهذب (ج ٢ ص 214) والتهذيب (ج ٢ ص 110) .

(٤) أبو داود (ج ٣ ص 83) والبيهقي (ج ٤ ص 211) .

(٥) حنة والإحنة : الخلد والغضب ، انظر القاموس المحيط (ج ٤ ص 197) .

(٦) أبو داود (ج ٣ ص 84) والبيهقي (ج ٤ ص 211) .

(٧) البيهقي (ج ٤ ص 212) .

المُدْنَةُ

الهُدْنَةُ والهُدُونُ والمُهادنة في اللغة بمعنى : المَصْلَاحَةُ والدُّعَاةُ والسَّكُونُ . وتُهادَن : استقام ، وهدَن يهدن هدونا : أَي سَكَنَ ، وهادنه أَي : صالحه . والاسم : الهُدْنَةُ ، ومنه قولهم : هُدْنَةٌ على دَخَنٍ ، أَي سُكُونٌ على غَيْلٍ ، ذلك في اللغة ⁽¹⁾ .

أما في الشرع فالمقصودُ بالهُدْنَةِ : ما يقيِّدُهُ الإمامُ لأهل الحرب من عقْدٍ على تركِ القتالِ مدَّةً من الزَّمنِ ، سواءَ كان ذلك بَعْوَضٍ أو بغيرِ عَوَضٍ ، فهي بذلك تعني المِوَادَعَةَ ، أو الصِّلحَ على تركِ القتالِ ، وهو ما تقتضيه مصلحةُ المسلمين ⁽²⁾ .

وجملة القول في ذلك أنه ربما تَقَرُّضُ للمسلمين أحوالٌ ، وظروفٌ يجدون فيها المُهادنةَ مع العدوِّ خيراً لهم من القتالِ ، لِما في ذلك من دفعِ لَعَوَائِلِ الحربِ عن المسلمين ، والمسلمون إذ يجدون الهدنةَ مع العدوِّ خيراً لهم مِنْ مُحَارَبَتِهِمْ فَإِنَّهُمْ يبادرون لعقديها معهم تحقيقاً لمصلحة الإسلام والمسلمين ، وعلى هذا فإن الأصلَ هو قتالُ العدوِّ لإعلاءِ كلمةِ الله ، وإظهارِ دينه على الدينِ كُلِّهِ ، فإن وجد المسلمون ضُلُوحَ الهدنةِ لهم في حين من الأحيان ، لم يتردُّوا في عقديها ، وذلك كما لو أحشوا في أنفسهم الضعفَ ، وأنَّ العدوَّ أقوى منهم ، أو كانت تُحْدِثُهم رَغْبَةً في إسلامِ العدوِّ لَمَّا أحشوا منه بوادرَ تدلُّ على ذلك ، أو كانت بهم حاجةٌ لحاجةٍ للمالِ إذ كانوا مُفْتَقرين ، فيجتنحون للمُهادنة رَغْبَةً في أداءِ الكفَّارِ للجزية ، أو غير ذلك من وجوهِ المَصْلَحةِ التي تتحقَّقُ للمسلمين من غيرِ سبيلِ القتالِ ، وتلكم هي الهدنةُ مع العدوِّ سواءَ كانت مطلقةً أو مقيدةً بِزَمَنٍ معيَّنٍ ، على الخلاف في ذلك ⁽³⁾ .

قال الشافعي : وإذا ضَعُفَ المسلمون عن قتالِ المشركين أو طائفةٍ منهم يُعْتَدِ دَارِهِمْ ، أو كثرةَ عَدَدِهِمْ ، أو تَحَلَّهَ بالمسلمين أو بمن يليهم منهم ، جاز لهم الكفُّ عنهم ومهادنتهم على غيرِ شيءٍ يأخذونه من المشركين ، وإن أعطاهم المشركون شيئاً قُلٌّ ، أو كَثُرَ كان لَهم أخذُه ⁽⁴⁾ .

ويستدل على جوازِ الهُدْنَةِ مع العدوِّ بكُلِّ من الكتابِ والسُّنَّةِ والمعقولِ .

(1) القاموس المحيط (ج 4 ص 279) ومختار الصحاح (ص 692) .

(2) البدائع (ج 7 ص 108) والمنهني (ج 8 ص 459) وبداية المجتهد (ج 2 ص 330) والأم (ج 4 ص 188) .

(3) المنهني (ج 8 ص 459) وبداية المجتهد (ج 2 ص 330) والأم (ج 4 ص 188) وشرح فتح القدير ومعه

شرح العناية (ج 5 ص 455 ، 456) . (4) الأم (ج 4 ص 188) .

أما الكتاب فقولہ تعالى : ﴿ بَرَآءَةٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ﴾ (١) فَمَسَحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَاعْلَمُوا أَنَّكَ غَيْرُ مُقِيمٍ إِلَيْهِ وَأَنَّ اللَّهَ مُخْزِي الْكَافِرِينَ ﴾ (٢) .
والأرجح في تأويل هذه الآية أنها لذوي العهود المطلقة غير المؤقتة ، أو من له عهد دون أربعة أشهر فيكمل له أربعة أشهر .

فأما من كان له عهد مؤقت فأجله إلى مدته مهما كانت لقوله تعالى : ﴿ فَأَتَتْهُمُ إِلَيْهِمْ عَهْدُهُمْ إِلَى مَدَّتِهِمْ ﴾ هذا مجمل قول العلماء في المقصود بهذه الآية ، وهو يدل على جواز الهدنة أو المصالحة مع العدو (٣) .

أما السنة فمنها ما أخرجه مسلم عن البراء قال : لما أخبر النبي ﷺ عند البيت صالحه أهل مكة على أن يدخلها فيقيم بها ثلاثاً ولا يدخلها السلاح : الجلبان السلاح : السيف وقرابه ولا يخرج بأحد معه من أهلها ولا يتمتع أحداً يكثر بها من كان منه (٤) .

وأخرج مسلم أيضاً عن أنس أن قريشاً صالحوا النبي ﷺ ، فيهم شهيل بن عمرو فقال النبي ﷺ لِقُلَيْبٍ : اكتب « بسم الله الرحمن الرحيم » قال شهيل : أما باسم الله ، فما نذري ما « بسم الله الرحمن الرحيم » ، ولكن اكتب ما نعرف : باسمك اللهم ، فقال : « اكتب من محمد رسول الله » قال : لو غلبنا أنك رسول الله لاتبناك ، ولكن اكتب اسمك واسم أبيك ، فقال النبي ﷺ : « اكتب من محمد بن عبد الله » ، فاشترطوا على النبي ﷺ أن من جاء منكم لم نرده عليكم ، ومن جاءكم منا ردوهم علينا ، فقالوا : يا رسول الله ! اكتب هذا ؟ قال : « نعم » ، إنه من ذهب منا إليهم فأبعده الله ، ومن جاءنا منهم سيجعل الله له فرجاً ومخرجاً » (٥) .

وأخرج أبو داود عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطالحوا على وضع الحروب عشر سنين يأمن فيها الناس ، وعلى أن يبتنا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ، ولا إغلال (٦) .

وأخرج أبو داود كذلك عن ذي مخبر رجل من أصحاب النبي ﷺ قال : سمعت

(١) سورة التوبة الآية (٢٤) .

(٢) تفسير ابن كثير (ج ٢ ص ١١١) وتفسير القرطبي (ج ٨ ص ١٠٤ ، ١٠٥) وحاشيتنا التعليلية وغيره (ج ٤ ص ٢١٧) .

(٣) مسلم (ج ٩ ص ١٧٤) .

(٤) أبو داود (ج ٩ ص ٨٥) .

(٥) مسلم (ج ٥ ص ١٧٥) .

رسول الله ﷺ يقول : « ستصالحون الروم صلحا آمنا ، وتغزون أنتم وهم عدوا من ورائكم » (1) .

أما المعقول ، فهو أن المقصود انتشار الدعوة الإسلامية لتشمّو مكانة الإسلام ، ولتعلو رايته في العالمين ، والسييل الأول والمفضل لذلك كله هو الكلمة الطيبة والحسنى بما ينجح قلوب الناس ، وأذهانهم لتقبل هذا الدين ، فإن أحسن المسلمون أن المشرّكين يشتجّبون لنداء الله بالحسنى من غير قسوة ، ولا عتف يادّروهم بالمهادنة ليقتسحوا لهم مجال النظر والروية عسى أن يدخلوا في دين الله .

ومن جهة أخرى ، فإنه ربما حاقت بالمسلمين مخاطر تهتدّهم وتليذّهم بالتعتيل ، والفتنة لكثرة عدوهم وشدة كيده ، فلاحظوا احتمال الهزيمة في قتالهم ؛ لذلك كان خيرا لهم أن يهادنوه إلى زمن يزدادون فيه قوة وإعدادا ثم يماودون الكرة عليه لهزيمة وتدمير .

الهدنة منوطة بالإمام

لا يقوم بعقد الهدنة مع الكفار غير الإمام أو نائبه ، وعلى هذا فإنه ليس لأحد من الناس ، أو فئة من فئاتهم القيام بعقد الهدنة مع الكافرين نيابة عن المسلمين كلّهم ، وعلى هذا فإن الهدنة منوطة بالإمام أو نائبه في أحد الأقاليم ، أو البلدان ، وليس لغيره من الناس ، وهو الذي عليه أكثر العلماء فيهم الشافعية والمالكية والحنابلة ، ووجه قولهم هذا أن الهدنة تتعلق بمصلحة المسلمين جميعا ، وذلك يقتضي فَيَضًا من التّحقيق والمعرفة والدراسة ، والإمام في ذلك كله أقدر من غيره من الناس على الإحاطة بوجوه المصلحة فهو إذا قرّر المصالحة مع العدو لمدة من الزمن بعد التّشاور مع أهل الخبرة والمعرفة ، إنما يُنْزِلِي بحصيلة ما لديه من مشورات ، وانقذاج لأذهان المتبصّرين ، وأولي النّهي .

أما لو أجازاه بعض الناس أو آحادهم غير الإمام فإن ذلك يعني تعطيل الجهاد فضلا عن الاقتيات على الإمام (2) .

أما الحنفية فقالوا : لا يُشْتَرَطُ إذن الإمام بالمزادة (المصالحة) حتى لو وادّعهم الإمام ،

(1) أبو داود (ج 3 ص 87) .

(2) المغني (ج 8 ص 462) والمذهب (ج 2 ص 259) وأسهل المذكر (ج 2 ص 17 ، 18) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 237) .

أو فريق من المسلمين من غير إذن الإمام جازت موادعتهم ؛ لأن المَعْرُوف عليه كَوْنُ عَقْدِ
المُؤَادَعَةِ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ (1) .

والراجحُ عِنْدِي قَوْلُ الْجُمْهُورِ بِإِثَابَةِ عَقْدِ الْهُدْنَةِ بِالْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ دُونَ غَيْرِهِمَا مِنْ أَحَادِ
الْمُسْلِمِينَ لِأَيِّهَا .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ يَلْزِمُهُمْ أَنْ يَقْبِلُوا بِعَقْدِ الْهُدْنَةِ مَعَ الْكُفَّارِ فَلَا يُعَدُّوهُمْ بِهِمْ ، وَلَا
يَنْقُضُوا عَهْدَهُمْ مَعَهُمْ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَأْتِيهِمُ الَّذِينَ آمَنُوا وَأَوْفُوا
بِالْمِيثَاقِ ﴾ (2) ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُضُوا عَهْدَهُمْ شَيْئًا
وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ جُنُودٌ عَلَيْهِمْ سَبْعَ أَلْفٍ مِائَةٍ فَتَوَدَّدُوا بَيْنَكَ فَلَا يُغْنِي عَنْكَ الْجُنُودُ وَالْعَاهِدُ عَنْكُمْ وَالْكَافِرُ وَلَئِنْ
كَانَ عَهْدُكُمْ عَلَيْهِمْ وَأَخِيضُوا بَيْنَهُمْ فَيَأْخُذُوا بِبَغْيِكُمْ إِنَّهُمْ لَأَكْثِرُ مِنْ أَنْ تُحِيطُوا بِهُمْ إِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا
بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ سَافِرِينَ ﴾ (3) .

أَمَّا إِنْ نَقَضَ الْمُشْرِكُونَ الْعَهْدَ فَاعْتَدُوا عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِقِتَالِهِمْ ، أَوْ مَظَاهَرَةِ عَدُوِّهِمْ عَلَيْهِمْ ،
بِأَدْرِهِمُ الْمُسْلِمُونَ بِالْقِتَالِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ لَكُنَّ لَا تَعْلَمُونَ عَهْدَهُمْ فَبِعَاهِدِكُمْ وَلَوْ أَنَّهُمْ
فَقَّاهُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِنَّهُمْ لَأَعْلَمُونَ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾ (4) .

وَيَسْتَدِلُّ مِنَ السُّنَّةِ بِحَادِثَةِ فَتْحِ مَكَّةَ بَعْدَ أَنْ نَقَضَ الْمُشْرِكُونَ الْعَهْدَ عَقِيبَ صَلَاحِ
الْحُدَيْبِيَّةِ ، وَكَانَتْ خُرَاعَةً قَدْ دَخَلَتْ فِي عَقْدِ النَّبِيِّ ﷺ وَعَهْدِهِ ، وَدَخَلَتْ بَنُو بَكْرٍ فِي
عَقْدِ قُرَيْشٍ ، وَعَهْدِهِمْ ، فَاعْتَدَتْ بَنُو بَكْرٍ عَلَى خُرَاعَةِ ، وَأَصَابَتْ مِنْهُمْ رَجُلًا ، فَاقْتُلُوا
وَرَفَدَتْ قُرَيْشُ بَنِي بَكْرٍ فَأَتَدُّوهُمْ بِالسَّاعِدَةِ إِذْ قَاتَلَ مَعَهُمْ مِنْهُمْ مَنْ قَاتَلَ بِاللَّيْلِ مُسْتَخْفِيًا
حَتَّى حَاوَرُوا خُرَاعَةَ إِلَى الْحَزَمِ ، وَضَيَّقُوا عَلَيْهِمْ ، فَخَرَجَ بِدَلِيلٍ مِنْ وَرَاءِ فِي غَفَرٍ مِنْ خُرَاعَةِ
حَتَّى قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ فَأَخْبَرُوهُ الْحَبْرَ بِمَا أَصَابَ مِنْهُمْ ، وَمِظَاهَرَةِ قُرَيْشِ
بَنِي بَكْرٍ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ انْصَرَفُوا رَاجِعِينَ إِلَى مَكَّةَ ، ثُمَّ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْجِهَازِ وَالنَّهْجِ
لِلتَّجِيرِ إِلَى مَكَّةَ لِقِتَالِ الْمُشْرِكِينَ لِنَقْضِهِمُ الْعَهْدَ (5) .

وَكَذَلِكَ نَقَضَ بَنُو قُرَيْظَةَ عَهْدَهُمْ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقِتَالِهِمْ (6) ، وَفِي هَذَا
أَنْخَرَجَ مُسْلِمٌ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ يَهُوذَا بَنِي النُّضَيْرِ وَقُرَيْظَةَ حَارَبُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْلَى
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِنِي النُّضَيْرِ ، وَأَقْرَبَ قُرَيْظَةَ ، وَمَنْ عَلَيْهِمْ ، حَتَّى حَارَبَتْ قُرَيْظَةَ بَعْدَ ذَلِكَ ،
فَقَتَلَ رِجَالَهُمْ ، وَقَتَلَ نِسَاءَهُمْ ، وَأَوْلَادَهُمْ ، وَأَمْوَالَهُمْ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا أَنَّ بَعْضَهُمْ

(2) سورة المائدة الآية (4) .

(4) سورة التوبة الآية (12) .

(1) البنايع (ج 7 ص 108) .

(3) سورة التوبة الآية (4) .

(5) سيرة ابن هشام (ج 4 ص 29) وما بعدها .

(6) سيرة ابن هشام (ج 3 ص 231) وما بعدها .

لَحِقُوا بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَّتْهُمْ وَأَسْلَمُوا (1) .

يستدل من ذلك على أن المشركين إذا نَقَضُوا العهدَ وجب قتالهم ، وكذلك ما لو نقض العهد بعض المشركين وسَكَتَ الباقيون ، ولم يُنْكِرُوا ما فعل الناقضون فلا جرم أن العهد ينتقض في حق الجميع ، ليباح قتال الجميع بعد ذلك ، أما من لم يرضَ بنقض العهد فإنَّ عهده باقي ، فإن اختلطَ من نقض بمن لم ينقض أمر الدين لم ينقضوا بتسليم الثاقبين ، أو يتزيلوا فَيَتَمَيِّزُوا عنهم ، فإن لم يفعلوا فقد صارت الهدنة منقوضة في حقهم جميعاً (2) .

وأخرج مسلم أيضاً عن عائشة قالت : أصيب سعدٌ يومَ الخندق ، رماه رجلٌ من قُرَيْشٍ يقال له ابنُ العرق ، رماه في الأكحل فضرب عليه رسولُ الله ﷺ خيمةً في المسجد يهوده من قريب ، فلما رجع رسولُ الله ﷺ من الخندق وضع السلاح فاغتسل فأتاه جبريلُ ، وهو ينقُضُ رأسه من الغبار فقال : وضعت السلاح ، والله ما وضعناه ، أخرج إليهم . فقال رسولُ الله ﷺ : « فأين ؟ » فأشار إلى بني قُريظة ، فقاتلهم رسولُ الله ﷺ فنزلوا على حكم رسولِ الله ﷺ ، فردَّ رسولُ الله ﷺ الحكمَ فيهم إلى سعد قال : فإني أحكم فيهم أن تُقَتَلَ المقاتلةُ ، وأن تُشَبَّ النريةُ والنساءُ وتُقسَمَ أموالهم (3) ، ويدل أيضاً على جواز الحكم في الأعداء حين التغلب عليهم ، والتمكُن منهم ، وذلك أن يحاصر المسلمون قلعةً أو حصناً أو ناحيةً من نواحي المشركين فيغلبوهم فلهم بعد ذلك أن يخيروهم بالنزول على حكم حاكم ، وهو الإمام أو من يختاره الإمام على أن يكون مثلماً حراً بالغا ذكراً عدلاً عالماً ، فإن حكم فيهم بحكم جاز بالإجماع ، لأن بني قُريظة نزلوا على حكم سعد بن مُعاذ كما بيناه آنفاً (4) .

تَوْقِيتُ الْهَدْنَةِ

اختلفت كلمة العلماء في المدة التي تكون عليها الهدنة مع الكُفَّار ، ونعرض لذلك في هذا التفصيل ، فقد ذهبت الشافعية إلى أن مدة الهدنة أربعة أشهر ، لقوله تعالى : ﴿ فَيَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ (5) أما ما زاد على أربعة أشهر ، وكان دُونَ السنة ،

(1) مسلم (ج 5 ص 159) .

(2) المهذب (ج 2 ص 263) والمغني (ج 8 ص 462) وحاشيتا الفليوي وصغيرة (ج 4 ص 238) والبنية

(ج 5 ص 672) . (3) مسلم (ج 5 ص 161) .

(4) المهذب (ج 2 ص 238) والبدائع (ج 7 ص 108) . (5) سورة التوبة الآية (2) .

فلهم فيه قولان :

أحدهما : عدم الجواز ، وهو الأظهر في المذهب استنادًا إلى مفهوم قوله تعالى : ﴿ فَيَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ .

ثانيهما : يجوز لأنها مدة تقصر عن مدة الجزية ، وهي سنة فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر ، أما ما زاد على السنة فلا يجوز باتفاق المذهب ، إلا أن يحقق المسلمون ضعف وقلة ، وكان المشركون أقوىاء في نفيرهم ، وعدتهم ، حتى تخيي منهم المسلمون على أنفسهم فإنه - والحالة هذه - يجوز لهم أن يعقدوا الهدنة إلى مدة تدعو إليها الحاجة ، وأكثرها عشر سنين ؛ لأن النبي ﷺ قد هادن قريشًا في صلح الحديبية عشر سنين ولا يجوز فيما زاد على ذلك (1) .

أما الخنابلة فقالوا : لا تجوز المهادنة مطلقًا من غير تقدير لمدة ؛ لأن ذلك يُفضي إلى تعطيل الجهاد ككل ، وهو قول الشافعية فلا يجوز عقدها إلا على مدة معلومة بحيث لا تزيد على عشر سنين ؛ لأن النبي ﷺ هادن قريشًا عشرًا ، فإن زادت المدة على عشر سنين بطل العقد في الزيادة ، وقيل : يبطل في العشر أيضًا (2) .

أما المالكية فقالوا : يجب أن تكون المدة ضمن ما تدعو إليه الحاجة على حسب الاجتهاد ، وقيل : يجب أن لا تزيد على أربعة أشهر إلا مع العجز (3) .

أما الحنفية فقد أجازوا المدة مطلقًا من غير توقيت بزمان معين ، وذلك تبعًا لما تقتضيه مصلحة المسلمين ، فإذا اقتضت المصلحة توقيت المدة بستين أو عشر جاز ، وقالوا : لا يقتصر الحكم على المدة المذكورة في صلح الحديبية ، وهي عشر سنين ، بل يجوز للإمام أن يتجاوز هذه المدة إلى ما هو أكثر ، وعلة الجواز عندهم هي حاجة المسلمين لذلك (4) .

حكم الهدنة

حكم الهدنة كحكم الأمان ؛ لأن الهدنة مقتضاها الأمان ، وهي أحد نوعي الأمان (المؤقت) ، أما نوعه الثاني فهو عقد الذمة ، والهدنة هي العقد لأهل الحرب على ترك القتال .

(1) المهلب (ج 2 ص 259 ، 260) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 237) .

(2) المغني (ج 8 ص 460) . (3) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) .

(4) شرح فتح القدير ومعه شرح الناية (ج 5 ص 456) .

إذا بُت هذا فإنَّ حكمَ الهدنة هو أن يأمن المعاهدون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرياتهم حتى تنقضي المدة أو ينقضها الإمام لما يجده من مصلحة المسلمين في ذلك ، أو ينقضها أهل العهد أنفسهم ، ويجب على الإمام أن يمنع أهل العهد ممن يقصدهم من المسلمين ، ومن معهم من أهل الذمة ؛ لأن الهدنة مبنية على الكف عن هؤلاء ولا يجب على الإمام أن يمنعهم ممن يقصدهم من أهل الحرب ، ولا أن يمنع بعضهم من بعض ؛ لأن الهدنة إنما عُقدت على الكف عن المصالحين ، وليس على حِمَائِهِمْ كأهل الذمة ، ذلك الذي عليه العلماء بلا خلاف (1) .

المصالحة على مال يؤديه المسلمون

لا يجوز للمسلمين أن يعقدوا الهدنة مع العدو بما لا يدفعونه إليه من غير ضرورة ، فلو حاصر العدو المسلمين وطلبوا منهم المودة على مال لم يجز دفعه إليهم لما في ذلك من إعطاء الذينة للكافرين ، فإنه لا ميثاق للمسلم أصلاً أن يذل للكافر ، فإن المسلم عزيز القدر ، عالي الهبة ، رفيع الحس والمروءة ، فليس لأحد من الكفار أن يستلذه أو يستخذه .

وفي هذا يقول الله جلَّت قدرته : ﴿ وَلِلَّهِ الْغَنَّةُ وَلِلرَّسُولِ وَاللَّذِينَ آمَنُوا ﴾ (2) أما إذا حاقت بالمسلمين ظروف عصيبة ، وكروء وأحاطت بهم أسباب الاضطلام (3) والهلكة ، أو غير ذلك من وجوه الضرورة - فلا بأس والحالة هذه - أن يعقدوا مع العدو هدنة يؤدون إليه بمقتضاها مالاً ليدرأوا عن أنفسهم المخاطر المحققة ، ويستدل على ذلك بما ذكر في سيرة ابن هشام أنه لما اشتد على الناس البلاء - في غزوة الخندق - بعث رسول الله ﷺ إلى غنينة بن حصن بن حذيفة بن بدر ، وإلى الحارث بن عوف ، وهما قائدا غطفان ، فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما عنه ، وعن أصحابه ، فجرى بينه وبينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ، ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح إلا المروضة في ذلك ، فلما أراد رسول الله ﷺ أن يفعل بقت إلى سعد بن معاذ ، وسعد بن غنادة ، فذكر لهما واستشارهما فيه ، فقالا له : يا رسول الله أمرنا نحييه فنصنعه ، أم شيئا أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا ؟ قال : « بل شيء أصنعه لكم ، والله ما أصنع ذلك إلا لأنني رأيت العرب قد زمتكم عن قوس واحدة ، وكالبوكم من كل

(1) البدائع (ج 7 ص 109) والمغني (ج 8 ص 459) والمهذب (ج 2 ص 261) وحاشيتا القليوبي وعميرة

(ج 4 ص 238) .

(2) سورة المنافقون الآية (8) .

(3) الاضطلام : الاستئصال ، فعله صلم ، انظر مختار الصحاح (ص 368) .

جانب فأردت أن أكسب عنكم من شوكيهم إلى أمر ما ، فقال له سعد بن معاذ : يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان ، لا نعبُد الله ولا نعرفه ، وهم لا يطعمون أن يأكلوا منها ثمرة إلا قزى أو يبيعا ، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهذنا له وأعزنا بك وبه نعطيهام أموالنا ؟ والله مالنا بهذا من حاجة ، والله لا نعطيهام إلا السيف حتى يحكمهم الله بيننا وبينهم ، قال رسول الله ﷺ : « فأنت وذلك » ، فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب ثم قال : ليجهّدوا علينا (1) .

وجه الاستدلال بهذه الحادثة أنه لو لم يُجز إعطاء الكفار مالا عند الضرورة لما رجع النبي ﷺ لمساورة الأنصار كيما يدفعوا المال للكفار إن رأوا ذلك ، ولأن الخوف من اضطلام العدو وتعذيبه الأسارى لأعظم في الضرورة من بذل المال ، فجاز بذلك دفع أعظم الضررين بأخفهما ، وذلك الذي عليه عاثة أهل العلم (2) .

قال الشافعي : ولا خير في أن يعطيهم المسلمون شيئا بحال على أن يكفوا عنهم ؛ لأن القتل للمسلمين شهادة ، وإن الإسلام أعز من أن يُعطى مشرك على أن يكف عن أهله لأن أهله - قاتلين ومقتولين - ظاهرون على الحق إلا في حال واحدة ، وأخرى أكثر منها ، وذلك أن يلتجئ قوم من المسلمين فيخافون أن يضطلموا لكثرة العدو ، وقائهم ، وخله فيهم ، فلا بأس أن يُعطوا في تلك الحال شيئا من أموالهم على أن يتخلّصوا من المشركين ؛ لأنه من معاني الضرورات يجوز فيها ما لا يجوز في غيرها ، أو يُؤثر مسلم فلا يُخلى إلا بفدّيه فلا بأس أن يُفدى ؛ لأن رسول الله ﷺ فدى رجلا من أصحابه أسره العدو بزمجّلين (3) .

صفة عقد الهدنة

عقد الهدنة غير لازم ، فهو يحتلّ النقض من إمام المسلمين ، فله أن يُنقضه إذا رأى أن نقضه أنفع للمسلمين ؛ لما في ذلك من تحقيق لمصلحتهم في كسر شوكة الكفر وانتشار الإسلام ، وكذلك إذا ظهرت للإمام بوادر الخيانة والغدر من المشركين ، فلا بأس بنقض الهدنة شريطة أن يُعلمهم الإمام أنه رجع عن صلحهم ؛ وذلك لقوله تعالى :

(1) سيرة ابن هشام (ج 3 ص 234) .

(2) للذهب (ج 2 ص 260) والبدائع (ج 7 ص 109) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 459) وأسهل المدارك

(ج 2 ص 18) .

(3) الأم (ج 4 ص 188) .

﴿ وَإِنَّمَا تَخَافُ مِنْ قَوْمٍ خِيفَتَهُ فَأَتَّبِعْ آلَئِهِمْ عَلَى سَوَاءٍ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَافِينَ ﴾ (1) ، وقد نزلت هذه الآية في بني النضير وبني قريظة عقوبت خيانتهم ، ونقضهم للعهد ، فقد يئس الله للنبي ﷺ ما يصنعه في المستقبل مع من يخاف منه خيائته ، وذلك إذا ظهرت آثار الخيائنة وبوادئ الغدر من المشركين ، فإنه - والحالة هذه - يجوز للإمام أن ينبد العهد إلى المشركين خشية نقضهم المحتمل ، وغدرهم الذي ثبتت دلائله ولاحث في الأفق علائمه ، وتبذ الإمام للعهد هو أن يعلمهم بأنه قد نقض عهدهم ، فيكون وإياهم على سواء أي على طريق سوى من استواء العلم (2) قال ابن كثير في تأويل قوله تعالى : ﴿ فَأَتَّبِعْ آلَئِهِمْ عَلَى سَوَاءٍ ﴾ (3) ، أي أعلمهم بأنك قد نقضت عهدهم حتى يبقى علمك وعلمهم بأنك حرب لهم وهم حرب لك ، وأنه لا عهد بينك وبينهم على الشؤاء أي تستوي أنت وهم في ذلك (4) .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وصل النبذ من الإمام للمشركين جاز للمسلمين أن يقتاتلوه إذا أتقنوا أن النبذ وصلهم ، فإن علموا أن النبذ لم يصلهم فلا يحل لهم قتالهم ، بل هم على حكم الأمان بمقتضى الهدنة المعقودة ؛ لأن قتالهم قبل علمهم بالنبذ خيائنة وغدر ، وليس ذلك من سجايا المسلمين ولا أخلاقهم ، وفي النهي عن الغدر والتدبير بمن يغدر أو يخون ، أخرج الترمذي عن سليم بن عامر قال : كان بين معاوية وبين أهل الروم عهد ، وكان يسير في بلادهم حتى إذا انقضى العهد أغار عليهم ، فإذا رجل على دابة أو على فرس وهو يقول : الله أكبر وفاء لا غدر ، وإذا هو عمرو بن عبسة فسأله معاوية عن ذلك فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من كان بينه وبين قوم عهد فلا يجعلن عهداً ولا يشدنه حتى يمضي أمده ، أو ينبد إليهم على سواء » قال : فرجع معاوية بالناس (5) .

وأخرج الترمذي عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الغادر يُنصَّب له لواء يوم القيامة » (6) .

وأخرج الترمذي كذلك عن علي عن النبي ﷺ قال : « لكل غادر لواء » (7) . وبذلك فإن الغدر والخيائنة حرام وإثم ، فقد نهى عنهما الشرع أشد النهي ، وتذد

(1) سورة الأنفال الآية (58) .

(2) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 320) وتفسير البيضاوي (ص 243) وتفسير القرطبي (ج 8 ص 31 ، 32) .

(3) سورة الأنفال الآية (58) .

(4) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 320) .

(5) الترمذي (ج 4 ص 143) .

(6) (7) الترمذي (ج 4 ص 144) .

بهما تنديداً ، وبذلك ليس للمسلمين أن ينقضوا الهدنة مع المشركين إلا أن يبدؤوا لهم على سواء (1) .

جاء في أسهل المدارك قوله : والحاصل أنه إذا ظهرت أمارات نقض العهد وجب على الإمام أن يبدئ عهدهم ويغليهم بالحرب قبل الركوب عليهم بحيث لا يُقدَّ الإمام غادراً لهم ، وإن ظهرت الحيانة ظهوراً مقطوعاً به فلا حاجة إلى تبدئ العهد ولا الإعلام بل يبادرهم بالقتال (2) .

وإذا كان النبد من جهة الكافرين بأن أرسلوا إلى المسلمين رسولاً بالثبذ وأخبروا الإمام بذلك فقد انتقضت الهدنة وجاز للمسلمين أن يقاتلوه ، أما مع غير العلم بنقض العهد من المشركين فلا يحل قتالهم (3) .

ويُفترق من ذلك كله ما لو كان الصلح على أنه يجري عليهم أحكام الإسلام فهو عقد لازم لا يحتمل النقص ؛ لأن الصلح على هذا الوجه عقد ذمة ، فلا يجوز للإمام أن يبدئ إليهم ؛ لأن عقد الذمة يتسم بالتأييد (4) .

شروط الهدنة

يُشترط لصحة الهدنة بين المسلمين والكافرين جملة شروط قد بيّناها خلال الحديث المفصل عن أحكام الهدنة ومسائلها المختلفة ، وتلك هي خلاصة لها في الشروط الأربعة التالية :

الشروط الأولى :

أن يناط عقد الهدنة بالإمام أو نائبه فقط ، فلا يجوز لآحاد المسلمين أو فريق منهم أن يقوموا بعقد الهدنة مع العدو ؛ لأن ذلك افتيات منهم على الإمام ، ومثل هذه القضايا الهائلة والخطيرة التي يتعلق بها مصير المسلمين جميعاً لا جرم أن تثاط بالإمام أو نائبه فهما

(1) البدائع (ج 7 ص 109) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 457) وأسهل المدارك (ج 2 ص 18) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 238) والأم (ج 4 ص 188) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) .

(3) البدائع (ج 7 ص 109) والأم (ج 4 ص 189) وتفسير القرطبي (ج 8 ص 32) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 457) والأم (ج 4 ص 186 - 188) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) والمغني (ج 8 ص 462) والبدائع (ج 7 ص 108) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 237) والأم (ج 4 ص 189 - 190) .

أعلم الناس بأخبار العدو وأحواله ، وأدري من غيره بما يحقق للمسلمين مصلحتهم ، وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم ، خلافاً للحنفية إذ قالوا بعدم اشتراط الإذن من الإمام نفسه ، فإذا صالحهم بعض المسلمين من غير إذن الإمام جاز ؛ لأن المقصود هو تحقيق مصلحة المسلمين ، وقد وُجد ذلك بعقد الهدنة ⁽¹⁾ .

المشروط الثاني :

أن يكون للمسلمين مصلحة في عقد الهدنة ، كما لو كانوا يرجون إسلام عدوهم من غير قتال ، أو ليفرغوا لقتال عدو لهم آخر ، أو كانت مصلحتهم في الاستفادة من المال يؤديه العدو لهم . إن كانوا مُفْتَقِرِينَ للمال ، وكذلك ما لو كان ثمة ضرورة يجد المسلمون أنفسهم معها في حاجة ملحة لعقد الهدنة مع العدو ، بأن كانوا عاجزين عن القتال لضعفهم وقوة عدوهم . فإن كانت الحال كذلك جاز لهم عقد الهدنة ، أما إذا لم تكن للمسلمين مصلحة في الهدنة ولم يكن لهم فيها حاجة تضطرهم إليها فلا يجوز لهم أن يفتقدوها ، فإن من أظهر وأجلى وظائف المسلمين - وعلى رأسهم إمامهم - هو نشر الإسلام في العالم ، كيما يعم الخير والنور والهداية وجة الأرض ، فإذا لم يجد المسلمون مندوحة عن القتال وجب في حقهم أن يحاربوا عدوهم لإعلاء كلمة الله ، وأياً مهادنة بغير حاجة أو مصلحة أو ضرورة ، إنما تعني الجنوح للخور والهوان ⁽²⁾ وفي ذلك يقول الله جلّت قدرته : ﴿ فَلَا تَهِنُوا وَلَا تَحْزَنُوا إِلَى السِّلَاحِ وَأَنْتُمْ الْأَخْلَاقُونَ وَاللَّهُ مَعَكُم وَكَانَ بِرَبِّكُمْ أَهْلُكُمْ ﴾ ⁽³⁾ .

المشروط الثالث :

أن لا يتضمن عقد الهدنة ما فيه ضرر للمسلمين كما لو اشترطوا بقاء مسلم أسير بأيدي الكفار ، أو إخلاء قرية من المسلمين ، أو أن يؤدي المسلمون مالاً للكفار من غير خوف أو ضرورة أو نحو ذلك من الشروط الفاسدة التي تضر بالمسلمين ، فليكن كان عقد الهدنة لا يجوز من غير حاجة ، أو ضرورة فلا جرم أن لا يجوز إذا تضمن ضرراً يحيق بالمسلمين ⁽⁴⁾ .

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) . (2) سورة محمد الآية (35) .

(3) الأم (ج 4 ص 188) وشرح فتح القدير ومع شرح العناية (ج 5 ص 455) وما بعدها وبداية المجتهد

(ج 2 ص 330) وأسهل المدارك (ج 2 ص 18) والبناء (ج 5 ص 667) والمغني (ج 8 ص 459) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 457) وما بعدها والمغني (ج 8 ص 466) .

الشرط الرابع :

أن لا تزيد مدة الهدنة على المدة المعتبرة لذلك ، وذلك موضع خلاف بين الفقهاء كما بيناه سابقاً ، وجملة ذلك أن مدة الهدنة تتراوح ما بين أربعة أشهر ، وسنة ، وعشر سنوات على الخلاف في ذلك بين الشافعية والحنابلة ، وقالت الحنفية بجواز مدة الهدنة مطلقاً عن التوقيت ، أمّا المالكية فقالوا بجواز تحديد المدة تبعاً لحاجة المسلمين إلى ذلك ⁽¹⁾ وهو ما نرجحه ؛ لأن المعتبر في الهدنة تحقيق المصلحة للمسلمين ، أو درء الشر عنهم ، وإنما تحدد مدة ذلك بحسب المصلحة للمسلمين ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 18) وشرح فتح القدير (ج 5 ص 456) والأم (ج 4 ص 189) والمغني (ج 8 ص 459 : 460) .

قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ١٣٧ ﴾ .

تَضَمَّنَتْ هذه الآية تحية الإسلام ، وهي التحية التي يُقَابِلُ بها المسلمون بعضهم بعضًا إذا تلاقوا ، والتحية في اللغة : تأتي بمعنى السلام والبقاء والملك ، وقيل : التحية من الحياة ، والتحيات لله : تعني البقاء لله ، وقيل : الملك لله . وقيل : معناها السلام ، حيَّاكَ الله : أى سلِّمْ عليك ، وقولهم : حيَّاكَ الله ويَّاكَ : أى اعتمدك بالملك ، وقيل : أضحكك ، وقيل : حيَّاكَ الله : أى أبقاك ومَلَكَكَ ، وقولنا في التشهد : التحيات لله : ينوي بها البقاء لله ، والسلام من الآفات التي تلحق العباد من العناء وسائر أسباب الفناء (1) .

على أن التحية التي يُحَيِّي بها المسلمون بعضهم بعضًا - أفرادًا وجماعات - هي السلام ، وهي تعبير عما يجيش به صدر المسلم إزاء أخيه المسلم من خالص المودة والإخاء ، ذلك أن المسلم إنما يُكِنُّ في قلبه لأخيه المسلم مشاعر الحب والخير ، وهذه المشاعر الكريمة الجياشة التي يفيض بها قلب المسلم لأخيه تَنَدِّلُ عبر اللسان تحية مباركة مَخْلِصَةً بقوله : السلام عليكم ، فما كان مخبوءًا في أطواء القلب من إحساسات الخير والود والأمن يذرفها اللسان كلمات مُعَبَّرَةً يتأثر بها السامع ليشاطر أخاه المحبة والإخلاص فيبادره الرد بقوله : وعليكم السلام ، ذلكم هو التصور الذي يفيض به الإسلام وهو يُرْسَخُ في البشرية أواصر الإخاء والتألف بمختلف الأسباب والوسائل وفي مقدمتها التحية بالسلام ، وقد حضَّ الإسلام على إفضاء اللسان بالتحية لدى التلاقي ، وذلك بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا ﴾ .

وفي الشئنة المطهرة من الأخبار ما يرسخ هذه الحقيقة ، فقد أخرج مسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « تَحَفُّشُ نَجِيبٍ لِلْمُسْلِمِ عَلَى أَخِيهِ : رَدُّ السَّلَامِ وَتَشْمِيتُ الْعَايِلِ وَإِجَابَةُ الدَّعْوَةِ وَعِيَادَةُ الْمَرِيضِ وَابْتِغَاءُ الْجَنَائِزِ » (2) .

وأخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن عبد الله بن عمرو بن العاص (رضي الله عنهما) أن رجلا سأل رسول الله ﷺ : أى الإسلام خير ؟ قال : « تُطْلِمُ الطَّعَامَ وَتَقْرَأُ السَّلَامَ عَلَى مَنْ عَرَفْتَ وَمَنْ لَمْ تَعْرِفْ » (3) .

وأخرج الترمذي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا

(1) لسان العرب (ج 14 ص 216 ، 217) . مسلم (ج 6 ص 3) .

(3) الحديث رواه البخاري (71/1) برقم (12) ومسلم (65/1) برقم (39) وانظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 424) .

تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ حَتَّى تُوْمِتُوا ، وَلَا تُوْمِتُوا حَتَّى تَحَابُّوا ، أَلَا أَدْلِكُمْ عَلَى أَمْرٍ إِذَا أَنْتُمْ فَعَلْتُمُوهُ تَحَابَبْتُمْ ؟ أَفَشُوا السَّلَامَ بَيْنَكُمْ » (1) .

وروى البراء بن مسعود (رضي الله عنهما) أن رسول الله ﷺ قال : « دَبَّ إِلَيْكُمْ دَاءُ الْأَمِّ قَبْلَكُمْ : الْبَغْضَاءُ وَالْحَسَدُ ، وَالْبَغْضَاءُ هِيَ الْحَالِقَةُ لَيْسَ حَالِقَةُ الشَّعْرِ وَلَكِنْ حَالِقَةُ الدِّينِ ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا تَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى تُوْمِتُوا ، وَلَا تُوْمِتُوا حَتَّى تَحَابُّوا ، أَلَا أَنْبِئُكُمْ بِمَا يُنْبِئُ لَكُمْ ذَلِكَ ، أَفَشُوا السَّلَامَ بَيْنَكُمْ » (2) .

وروى الطبراني في الأوسط عن شعبة الحنظلي عن عُمِّهِ (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « ثَلَاثٌ يَصِفِينَ لَكَ وَدُّ أَخِيكَ : تُسَلِّمُ عَلَيْهِ إِذَا لَقَيْتَهُ ، وَتَوَسَّعَ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَتَدْعُوهُ بِأَحَبِّ أَسْمَائِهِ إِلَيْهِ » (3) .

على أن الابتداء بالسَّلام خيرٌ وأفضلُ ، فَمَنْ بَادَرَ أَخَاهُ السَّلَامَ عَلَيْهِ كَانَ أَفْضَلَ ، وَفِي هَذَا أَخْرَجَ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنْ أَوَّلَى النَّاسِ بِاللَّهِ مِنْ بَدَأْتُمْ بِالسَّلَامِ » (4) .

وروى الطبراني والبراء بن مسعود (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « السَّلَامُ اسْمٌ مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى وَضَعَهُ فِي الْأَرْضِ ، فَأَقْسَمُوا بَيْنَكُمْ ، فَإِنَّ الرَّجُلَ الْمُسْلِمَ إِذَا مَرَّ بِقَوْمٍ فَسَلَّمَ عَلَيْهِمْ ، فَزَدُوا عَلَيْهِ ، كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ فَضْلٌ دَرَجَةٌ بِتَذْكِيرِهِ إِيَّائِهِمُ السَّلَامَ ، فَإِنْ لَمْ يَزِدُّوا عَلَيْهِ رَدَّ عَلَيْهِ مِنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْهُمْ » (5) .

على أن الابتداء بالسَّلام سنةٌ ورَّكَّه فَوْضٌ ، وَهُوَ مَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْعُلَمَاءُ (6) وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ

(1) الترمذي (ج 4 ص 52) .

(2) الحديث رواه الترمذي (573/4) برقم (2510) وأحمد (165/1 و 167) وحسنه لطرفة الألباني في إرواء الغليل (3/238) وانظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 425) .

(3) الحديث أورده ابن أبي حاتم في كتاب العلل (261/2) برقم (2279) وقال : سألت أبي عن هذا الحديث فقال : حديث منكر ، وموسى ضعيف الحديث أ هـ . وانظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 425) .

(4) الحديث رواه أبو داود (380/5) برقم (5197) والترمذي (54/5) برقم (2694) وقال : حسن . وانظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 427) .

(5) الحديث أورده الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة (518/4) برقم (1894) وانظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 428) .

(6) تفسير القرطبي (ج 5 ص 298) وتفسير ابن كثير (ج 1 ص 331) وتفسير البيضاوي (ص 120) وتفسير الطبري (ج 5 ص 120) ومعه تفسير النيسابوري (ص 121) .

تعالى : ﴿ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِمَّا أَوْ رَدُّوهَا ﴾ .

حكم الرد

اختلف العلماء في حكم رد السلام من حيث وجوبه على القين ، أو الكفاية ، بمعنى أن الرد من واحد من الجماعة هل يُجزئ عن الجميع ، أم أن كل واحد منهم يلزمه الرد ، فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن رد السلام مفروض على الكفاية . فإذا قال واحد الجماعة : السلام عليكم فرد واحد منهم بقوله : عليكم السلام ، فإنه يُجزئ (1) .

واستدلوا على ذلك بما رواه أحمد والبيهقي عن علي (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « يجزئ عن الجماعة إذا مَرُوا أن يسلم أحدهم ، ويجزئ عن الجماعة أن يرد أحدهم » (2) .

وأخرج أبو داود عن علي قال : يجزئ عن الجماعة إذا مَرُوا أن يسلم أحدهم ، ويجزئ عن الجُلوس أن يرد أحدهم » (3) .

وذهب آخرون إلى أن رد السلام من الفروض المتعينة ، وبذلك فإن الرد من الذين يُدثوا بالسلام فرض عين على كل واحد منهم ، ووجه ذلك أن الابتداء بالسلام خلاف الرد ؛ لأن الابتداء بالسلام تطوع ، لكن رده فرض ، وهذا لا يقوم إلا بالقتل من كل واحد ، وقال قتادة والحسن في ذلك : إن المصلي إذا سلم عليه لزمه الرد كلاماً ، ولا يقطع ذلك صلاته ؛ لأنه فعل ما أمر به (4) .

وثمة أحكام في المسألة تعرض لها في هذا التفصيل ، فمنها : أنه يُسن للراكب أن يسلم على الماشي ؛ لأن للراكب تزيئة على الماشي بالركوب ، فندب تعويض الماشي بابتدائه بالسلام عليه من الراكب .

ومنها : أن الماشي يسلم على القاعد ؛ لأنه بالسلام عليه يطمئنه وينشر في نفسه الأمن ، فإذا ابتدره بالسلام آمن منه ، وأنس إليه ، وكذلك فإن القاعد يشق عليه مراعاة

(1) تفسير القرطبي (ج 5 ص 298) وسيل السلام (ج 4 ص 155) وتفسير البضاوي (ص 120) وتفسير الطبري ومعه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 122) .

(2) الحديث رواه أبو داود (387/5) برقم (5210) وحسنه الألباني في إرواء الغليل (242/3) برقم (778) وانظر سيل السلام (ج 4 ص 155) .

(3) أبو داود (ج 4 ص 354) . (4) تفسير القرطبي (ج 5 ص 298 ، 299) .

المأزني مع كثرتهم فسقطت عنه البداءة بالسلام .

ومنها : ابتداء القليل من الناس بالسلام على الكثير ؛ وذلك لفضيلة الجماعة ، أو لأن الجماعة لو ابتدروا بالسلام لكان في ذلك مدعاة للإحساس بالزهو من القليل ، لاسيما إن كان واحداً (1) .

وفي ذلك أخرج مسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « يسلم الراكب على للمشاي ، والمشاي على القاعد ، والقليل على الكثير » (2) .

وكذلك شُرِع للصغير أن يتدبىء بالسلام على الكبير ؛ وذلك لأجل حق الكبير ؛ لأنه (الصغير) قد أُمِر بتوقيره ، والتواضع له ، حتى ولو كان الصغير أعلم من الكبير ، فإنه يراعي اعتبار السن أيضاً ؛ لأن الظاهر من النصوص الدالة على هذا المعنى تقديم الحقيقة على المجاز (3) .

وفي هذا أخرج الترمذي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « يسلم الصغير على الكبير ، والمأز على القاعد ، والقليل على الكثير » (4) .

التسليم على الصبيان

ذهب أكثر العلماء إلى أن التسليم على الصبيان أفضل من تركه ؛ وذلك لما في التسليم عليهم من قرين (5) لهم على فعل السنة وحضهم عليها ، ولما في ذلك أيضاً من ترويض للصغار على تطبيق الآداب الدينية فينشأوا عليها مبادرين (6) .

وفي هذا أخرج مسلم والترمذي عن ثابت البناني قال : كنت مع أنس فمر على صبيان . فسلم عليهم ، وقال أنس : « كنت مع رسول الله ﷺ فمر على صبيان ، فسلم عليهم » (7) .

(1) سبل السلام (ج 4 ص 154) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 299) والكشاف (ج 1 ص 549 ، 550) وتفسير الطبري ومعه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 123) .

(2) مسلم (ج 6 ص 2) .

(3) سبل السلام (ج 4 ص 154) والكشاف (ج 1 ص 550) .

(4) الترمذي (ج 5 ص 62) .

(5) قرين : تليين ، انظر مختار الصحاح (ص 622) .

(6) تفسير القرطبي (ج 5 ص 302) .

(7) الترمذي (ج 5 ص 57) ومسلم (ج 6 ص 5) .

وَتَقَعُ قَوْلُ بَرَكِ التَّسْلِيمِ عَلَى الصَّبِيَّانِ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ فَرَضٌ ، وَالصَّبِيُّ لَا يَلِزُهُمُ الرَّدُّ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْلَمَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ⁽¹⁾ وَأَحْسَبُ أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ مَعَارِضٌ بِالْخَيْرِ الصَّحِيحِ ، فَلَا يَنْبَغِي اعْتِبَارُهُ .

التسليم على النساء

يَجُوزُ التَّسْلِيمُ عَلَى النِّسَاءِ فِي الْجُمْلَةِ ، لَكِنَّهُ إِذَا خِيفَتْ الْفِتْنَةُ فَيَنْبَغِي عَدَمُ التَّسْلِيمِ عَلَيْهِنَ لِمَا فِي مُكَالَّتِهِنَّ مِنْ أَحْتِمَالَاتِ اللَّيْنِ وَتَحْرِيكِ الشَّهْوَةِ وَالِاسْتِرْحَاءِ أَوْ خِيَانَةِ الْعَيْنِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا كَانَتِ النِّسَاءُ شَائِبَاتٍ ، أَمَّا إِنْ كُنَّ مِنَ الْعَجَائِزِ وَالْهَرَمَاتِ فَلَا ضَرِيرَ عَلَى النُّفُوسِ وَالْقُلُوبِ مِنْ مُكَالَّتِهِنَّ بِالتَّسْلِيمِ عَلَيْهِنَ لِاتِّفَاعِ الْفِتْنَةِ وَأَحْتِمَالَاتِ الْغَوَاةِ وَالِاسْتِرْحَاءِ ، وَذَلِكَ الَّذِي عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ ⁽²⁾ .

عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَى الشَّائِبَاتِ مُحْظُورٌ وَهَرَمٌ جَمَعَ مِنَ الشُّبُورَةِ يُلْقِي عَلَيْهِنَ السَّلَامَ وَاحِدٌ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ أَكْثَرُ ، فَلَا جَزَمَ أَنَّ يَكُونُ الْخَطَرُ أَشَدَّ وَآكَدَ لَوْ كَانَ التَّسْلِيمُ مِنَ الرَّجُلِ عَلَى امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَذْعَاةٌ لِلْفِتْنَةِ وَالِإِغْرَاءِ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ ، فَإِذَا سَلَّمَتِ الْأَجْنِبِيَّةُ عَلَى الرَّجُلِ وَكَانَ يَخَافُ فِي رَدِّ الْجَوَابِ عَلَيْهَا تَهْمَةً أَوْ فِتْنَةً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الرَّدُّ ، وَكَذَلِكَ لَوْ سَلَّمَ عَلَيْهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الرَّدُّ ؛ إِذَا خِيفَتْ الْفِتْنَةُ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ تَهْمَةً فِتْنَةً فَلَا جُنَاحَ فِي التَّسْلِيمِ عَلَى النِّسَاءِ ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ قَالَ : سَمِعْتُ أَسْمَاءَ بِنْتَ يَزِيدٍ تُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ فِي الْمَسْجِدِ يَوْمًا وَعَصَبَةٌ مِنَ النِّسَاءِ قَعُودٌ فَأَلْوَى يَدَهُ بِالتَّسْلِيمِ ⁽³⁾ .

وَقِيلَ : إِنَّ التَّسْلِيمَ عَلَى النِّسَاءِ عَامَّةً مُحْظُورٌ ، سِوَاءَ كُنَّ شَائِبَاتٍ ، أَوْ هَرَمَاتٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَنَّ مِنْهُنَّ ذَوَاتُ مَنَعٍ ، وَوَجْهُ الْمَنَعِ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَى النِّسَاءِ عَامَّةً أَنَّهُ لَمَّا سَقَطَ عَنِ النِّسَاءِ الْأَذَانُ وَالْإِمَامَةُ وَالْجَهْرُ بِالْقِرَاعَةِ فِي الصَّلَاةِ فَقَدْ سَقَطَ عَنْهُنَّ كَذَلِكَ رَدُّ السَّلَامِ ، فَلَا يَنْبَغِي التَّسْلِيمُ عَلَيْهِنَ ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ الرَّجُلُ بَيْتَهُ سَلَّمَ عَلَى امْرَأَتِهِ ، فَإِنْ حَضَرَتْ أَجْنِبِيَّةٌ هُنَاكَ لَمْ يَسْلَمْ عَلَيْهَا ⁽⁴⁾ .

(1) تفسير القرطبي (ج 5 ص 302) .

(2) تفسير القرطبي (ج 5 ص 302) والكشاف (ج 1 ص 549) .

(3) الترمذي (ج 5 ص 58) وأبو داود (ج 4 ص 352) .

(4) تفسير القرطبي (ج 5 ص 302) وتفسير الطبري وبهامشه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 124) .

التسليم على الكفار

يراد بالكفار من ليسوا بمسلمين سواء كانوا من أهل الكتاب ، أو غيرهم من المشركين والملاحدين ، فهم جميعا كافرون ليسوا من دين الله ولا منهجه السوي المستقيم في شيء ، والسلام قد جعله الله تحية للمسلمين خاصة لكي يتعارفوا بها ويتلاقوا عليها سواء في الدنيا أو الآخرة ، فتلكم التحية الزكية المتميزة ، لا تنبغي لغير المسلمين ، لأنها سمة من سمات هذه الأمة الفريدة القدوة ، التي تتجلى فيها معاني الإحياء المتسجم والرائط الأمثل الوثيق .

وعلى هذا فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أنه لا يجوز للمسلم أن يبدأ الكافرين بالتسليم ، وإذا بدأ الكافر بالمسلم قال له المسلم : وعليكم ⁽¹⁾ .

وفي هذا أخرج مسلم عن أنس أن أصحاب النبي ﷺ قالوا للنبي ﷺ : « إن أهل الكتاب يسلمون علينا فكيف نرد عليهم ؟ » قال « قولوا : وَعَلَيْكُمْ » ⁽²⁾ . أي وعليكم ما قلتم ؛ لأنهم كانوا يقولون : السام عليكم .

فقد أخرج مسلم أيضا عن عائشة قالت : أتى النبي ﷺ أناس من اليهود فقالوا : السام عليك يا أبا القاسم ، قال : « وعليكم » قالت عائشة : قلت : بل عليكم السام واللام ، فقال رسول الله ﷺ : « يا عائشة لا تكوني فاحشة » فقالت : ما سمعت ما قالوا ؟ فقال : « أو ليس قد رددت عليهم الذي قالوا ، قلت : وعليكم » ⁽³⁾ .

وأخرج مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تبدأوا اليهود ولا النصارى بالسلام ، فإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه » ⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فإن القول الثابت الذي انعقد عليه قول الجمهور أن لا يسلم المسلم على الكافر بتحية الإسلام ، إذا باذره الكافر بالسلام ، قال له المسلم « وعليكم » ⁽⁵⁾ ، وفي رواية « عَلَيْكُمْ » بإسقاط الواو ليكون الرد خاصا بالمتدئ مع ما تضمنته عبارة التسليم من احتمال المكر واللئيم في الكلام ، أما إثبات الواو ففيها إشكال ؛ لأن « الواو » العاطفة هنا تقتضي التشريك فيلزم من ذلك دخول المسلم مع الكافرين فيما دعوا به عليه من

(1) تفسير الكشاف (ج 1 ص 550) وتفسير النسفي (ج 1 ص 241) وتفسير ابن كثير (ج 1 ص 512) .

(2) مسلم (ج 6 ص 4) . (3) مسلم (ج 6 ص 5) .

(5) تفسير النسفي (ج 1 ص 241) والكشاف (ج 1 ص 550) وتفسير ابن كثير (ج 1 ص 512) وتفسير الطبري وبهامشه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 124) .

السام وهو الموت ، وبذلك فإنَّ تأويلَ « الواو » أن تكون زائدة ، وقيل : للاستئناف ، وقيل : « الواو » على حالها من القطف غير أنَّا نُجَابُ عليهم ولا يُجَابُونَ علينا ⁽¹⁾ .

وذهب بعضُ أهل العلم إلى وجوب الردِّ على أهل الذِّمَّة إذا بادَرُوا بالسَّلام على المسلمين ، ودليلُهم في ذلك عموم الآية ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها ﴾ وقد ذهب إلى هذا التأويلُ ابن عباسٍ والشَّعْبِيُّ وقَتَادَةُ ⁽²⁾ .

وقد روي عن ابن عباسٍ قوله : من سلَّم عليك من خلقِ الله فازدَّد عليه ، وإن كان مُجَوِّبًا ؛ ذلك بأن الله يقول : ﴿ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها ﴾ وقال قَتَادَةُ : فحَيُّوا بأحسن ... يعني : للمسلمين أو رُدُّوها يعني لأهل الذِّمَّة .

وعن الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ قال لنصرانيٍّ سلَّم عَلَيَّه : عليك السَّلامُ ورحمةُ اللهِ ، فقيل له في ذلك ، فقال : أليس في رحمةِ الله يَعيِشُ ⁽³⁾ .

وفي هذا التأويلُ ضعفٌ ، وهو معارضٌ بما ثبت من الأخبارِ الصَّحِيحَةِ والله سبحانه وتعالى أعلم .

وقد رخص بعضُ العلماء في مبادأة أهل الذِّمَّة بالسَّلام إذا دَعَتْ إلى ذلك حادثةٌ تُخْرِجُ إليهم ، وروي ذلك عن النَّخَعِيِّ وعن أبي يوسفٍ قوله : لا تسلِّم عليهم ، ولا تصافحهم ، وإذا دخلت فقل : السَّلام على من أتبع الهدى ، ولا بأس بالدعاء له بما يَصلِحُه في دُنياه ⁽⁴⁾ .

ولا ينبغي السَّلامُ على المسلمين في بعض الأحوال منها :

الخطيئةُ : وذلك ما لو وقف الإمامُ خطيبًا في الناس يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ، أو يحدثهم بما ينفعهم في دينهم ودُنياهم فلا ينبغي لأحدٍ أن يشغل أذهانَ السَّامعين والخطيبِ بالتسليم .

وكذلك لا ينبغي لأحدٍ أن يسلم على قارئ القرآن بجهزٍ أو عندَ مداكرة العلم ، فإن ذلك يشغلُ القارئ والمذاكرين عن متابعةِ عملهم .

ولا ينبغي كذلك التسليمُ عند الأذان والإقامة ، لأن السَّامع لهما مشغولٌ بالتكبير

(1) تفسير القرطبي (ج 5 ص 304) .

(2) تفسير القرطبي (ج 5 ص 304) وتفسير ابن كثير (ج 1 ص 532) .

(3) تفسير ابن كثير (ج 1 ص 532) وتفسير الطبري وبهامشه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 124) والكشاف (ج 1 ص 550) .

(4) الكشاف (ج 1 ص 550) .

والتهليل والصلاة على النبي ﷺ ، وفي هذا أخرج أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال : « إِذَا سَمِعْتُمُ النِّدَاءَ فَقُولُوا بِمِثْلِ مَا يَقُولُ الْمُؤَذِّنُ » (1) ، وكذلك لا يسلم على المصلي ؛ فإن سلم عليه فهو بالخيار إن شاء رد بالإشارة بأصبعه وإن شاء أتمشك حتى يفرغ من الصلاة ، ثم يرد ، ولا ينبغي كذلك أن يسلم على من يقضي حاجته ؛ فإن سلم لم يلزمه الرد عليه (2) ، ولا يسلم كذلك على من كان يأكل أو يشرب أو كان نائما أو ناصتا ، ويندب السلام على من دخل بيتا ليس فيه أحد (3) ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ ﴾ (4) .

كيفية السلام

لفظ السلام أن يقول المبتدئ : السلام عليكم ، أو سلام عليكم فإن زاد : ورحمة الله ، كان أفضل وأزيد في الحسنات ، وإن زاد : وبركاته ، كان أفضل وأزيد في الحسنات كذلك .

وفي هذا أخرج الترمذي وأبو داود عن عمران بن حصين أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال : السلام عليكم ، قال : قال النبي ﷺ : « عَشْرٌ » ثم جاء آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله ، فقال النبي ﷺ : « عَشْرُونَ » ثم جاء آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، فقال النبي ﷺ : « ثَلَاثُونَ » (5) .

أما الرد فهو قَرَضٌ بالإجماع كما بيناه ، ويجزي الفريضة فيه أن يرد بمثل السلام في الابتداء لكنه إن زاد كان خيرا وأحسن ، فإن قال له : السلام عليكم ، رد بقوله : وعليكم السلام ورحمة الله ، وإن زاد : وبركاته كان ذلك أزيد في الحسنات ، وذلك الذي يقتضيه قوله تعالى : ﴿ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾ وينبغي كذلك أن يكون السلام بلفظ الجماعة حتى وإن كان المسلم عليه واجدا ، وقد روي عن النخعي قوله : إذا سلمت على الواحد فقل : السلام عليكم فإن معه الملائكة ، وكذلك يقول الراي :

(1) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 106) .

(2) تفسير القرطبي (ج 5 ص 304) وتفسير النسفي (ج 1 ص 241) ، والكشاف (ج 1 ص 549) وتفسير الطبري وبهامشه تفسير التيساري (ج 5 ص 123) وسبل السلام (ج 4 ص 155) .

(3) سبل السلام (ج 4 ص 155) . (4) سورة النور الآية (61) .

(5) الترمذي (ج 5 ص 53) وأبو داود (ج 4 ص 350) .

وعليكم السلام ⁽¹⁾ ، وذلك لقوله ﷺ : « لا غِزار في صلاة ولا تسليم » ⁽²⁾ أي لا يقال : عليك بل عليكم ؛ لأن كاتبيه معه ⁽³⁾ .

ويسلم الرجل لدى بلوغه المجلس حيث يكون غيره من المسلمين ، وكذلك يسلم إذا قام من مجلسه ، وبذلك يادُر المسلم أخاه المسلم بالتسليم في كل وجوه التلاقي إلا ما بيناه من أحوال يُكره فيها التسليم .

وقد أخرج الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « إذا انتهى أحدكم إلى مجلس فليسلم ، فإن بدا له أن يجلس فليجلس ، ثم إذا قام فليسلم فليست الأولى بأحق من الآخرة » ⁽⁴⁾ .

تحيات مصطنعة

لا تجوز التحية بما اصطنعته الأعراف المجانية لشروع الله ، سواء في ذلك البداية في السلام أو الرد عليه ، إنه لا تجوز أية تحية بدلاً من تحية الإسلام المعروفة وهي : السلام عليكم في البداية ، ثم الرد عليها وهو : وعليكم السلام ، وأياً تحية أخرى فهي ممنوعة وذلك كقوله : مرحباً أو صباح الخير ، أو مساء الخير ، أو عَمَّ صباحاً أو عَمَّ مساءً ، أو نحو ذلك من ضَوْر التحية ، لا يجوز بحال أن يقرم مثل هذه التحية المصطنعة مقام التحية المشروعة التي قررها الإسلام ، لا مُستأغ لمسلم أن يشتعِض عن تحية مباركة شرعها الله وقررها في واقع المسلمين للتعارف والتلاقي بتحية أخرى من اصطناع الناس ، لا يصلح شيء من هذه التحيات العرفية بدل : السلام عليكم ولا بدل الرد ، كما لو قال له : السلام عليكم ، فرد عليه بالإشارة أو بقوله : مرحباً أو غير ذلك من الردود ، إلا أن يكون ذلك زيادةً على التحية المشروعة وعقبها فلا يجتأخ ، والله تعالى أعلم .

(1) تفسير القرطبي (ج 5 ص 229 ، 230) ، والكشاف (ج 1 ص 549) ، وتفسير الطبري وبهامشه تفسير النيسابوري (ج 5 ص 122 ، 123) وسبل السلام (ج 4 ص 156) وتفسير النسفي (ج 1 ص 241) .
(2) الحديث رواه أبو داود (569 / 1) برقم (928) وأحمد (461 / 2) وأورده الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة برقم (318) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 750) .
(3) تفسير النسفي (ج 1 ص 241) .
(4) الترمذي (ج 5 ص 63) .

قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ يَبِينُكُمْ وَبَيْنَهُمْ يَمِثُّ فِدْيَةً مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ١٦٠ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ١٦١ ﴾ .

يُستفاد من هذه الآية جملة من الأحكام الأساسية الهامة في نظام الجنايات ، منها : ضروب القتل ، والديات ، وكفارة القتل ، وتلكم قضايا كبيرة جدية بالبيان لغرض لكل منها في هذا التفصيل :

أقسام القتل

ينقسم القتل إلى ثلاثة أقسام وهي : القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ .

وقد ذهب إلى هذا التقسيم أكثر أهل العلم ، وهو مروي عن عمر وعلي ، وقال به الشعبي والنخعي وقتادة والثوري ، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ^(١) ، وقد خالفهم المالكية وأهل الظاهر في شبه العمد ؛ إذ أنكروه ، إذ قال الإمام مالك في ذلك : ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ ، وأما شبه العمد فلا نعرفه ، وقد روي عن الليث بن سعد مثل ذلك ، وثمة رواية عن مالك شبيهة بقول الجمهور ^(٢) .

وقال ابن حزم : القتل قسمان : عمد ، وخطأ . برهان ذلك الآيتان ﴿ وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً ﴾ وقوله : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾ فلم يجعل عز وجل في القتل قسمًا ثالثًا ^(٣) وعلى هذا يجعل هؤلاء شبه العمد مندرجًا في العمد .

والراجع ما ذهب إليه أكثر أهل العلم من التقسيم الثلاثي للقتل ، وأن شبه العمد معتبر ومشروع ، ويستدل على ذلك من السنة بما أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « أَلَا إِنَّ دِيَةَ الْخَطَاِ شِبْهُ الْعَمْدِ مَا كَانَ بِالشُّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ : مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » ^(٤) .

(١) شرح فتح القدير (ج ١٠ ص ٢٠٣) وكشاف القناع (ج ٥ ص ٥٠٤) والمجموع (ج ١٨ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠) .

(٢) تفسير القرطبي (ج ٥ ص ٣٢٩) وأسهل المدارك (ج ٣ ص ١٢٩) وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٦٣) .

(٣) المحلى (ج ١٠ ص ٣٤٣) . (٤) أبو داود (ج ٤ ص ١٨٥) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من قتل في عَمِيًّا أو رَمِيًّا تكون بينهم بحجر أو بعصا فَعَقَلَهُ عَقْلُ خَطِئٍ ، ومن قتل عمدًا فَعَزَّوْذُ يديه ، فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يُقْبَلُ منه صَرْفٌ ولا عَدْلٌ » (1) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس أيضًا أن رسول الله ﷺ قال : « دِيَّةُ شَيْبَةِ العمد مغلظة ، ولا يُقْتَلُ به صاحبه وذلك أن ينزو الشيطانُ بين القبيلة فيكون بينهم رَمِيًّا بالحجارة في عَمِيًّا في غير ضغينة ولا حمل سلاح » (2) .

وأخرج أبو داود عن مجاهد قال : « قضى عمرُ في شَيْبَةِ العمد ثلاثين جَفَّةً وثلاثين جَدَعَةً وأربعين خَلْفَةً ما بين ثِيبة إلى بازل عامها » (3) ، وذلك كله يدل بمنطوقه على القتل شبه العمد وأنه واحدٌ من أقسام القتل .

على أن أقسام القتل عند الحنفية خمسة ؛ إذ أضافوا إلى الثلاثة المذكورة أنفا قسمين آخرين : أحدهما : ما أجري مجرى الخطأ ، ثانيهما : القتل بسبب .

والآن نعرض لكل واحد من هذه الأقسام بالبيان :

القتل العمد

يمكن تعريفُ القتل العمد بأنه قَضُ القتل بما يقتل غالبًا فيموت منه ، وذلك كما لو ضربه بحديدة ، أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط ، أو حجر كبير من شأنه أن يقتل في الغالب ، ويُلقَى بالقتل العمد أيضًا ما لو ضربه بألّة صغيرة مرارًا حتى يموت ، وذلك كالخشبة الصغيرة لا تُمَيِّتُ بضربة أو ضربتين لكنه لو عاد وضربه تكرارًا فمات كان ذلك عمدًا .

ويستوي في حقيقة العمد ما لو كان القتلُ بِمُخَدِّدٍ ، وهو ما يقطع اللحم ويُدْخَلُ في البدن كالسيف والسكين والرمح ، وما كان في معنى ذلك مما له حدٌ فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والزجاج والحجر والقصب والخشب ونحو ذلك .

أو كان بغير مُخَدِّدٍ بما يُقْلِبُ على الظن إزهاق النفس به . وذلك كما لو ضربه بِمُثْقَلٍ كبير مُيِّتٍ غالبًا سواء كان من الحديد أو الحجر أو الخشبة الكبيرة أو المطرقة أو نحو ذلك .

(3) أبو داود (ج 4 ص 186) .

(1 ، 2) البيهقي (ج 8 ص 45) .

ويُلحق بالعمد أيضًا ما لو سَقَاه سُكًّا وهو (الشارب) لا يعلم فمات ، أو ألقاه في الماء فمات غَرَقًا ، أو ألقاه من شاهقٍ إلى أسفل فمات ، أو قتله بسِخْرٍ شأنه أن يقتل غالبًا ، أو غير ذلك من وجوه القتل مما يميت غالبًا ، فذلكم كله عمدٌ يوجب القصاصَ إلا أن يَغْفُوَ الوليُّ ، وذلك الذي عليه جمهورُ العلماء وفيهم الشافعية والمالكية ، الحنابلة وأهل الظاهر ، وهو قول النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى وإسحق وأبي يوسف ومحمد بن الحسن ، فقد ذهب هؤلاء جميعًا إلى أن القتل العمد هو أن يُقْصِدَ القتلُ باستعمال آلةٍ أو وسيلةٍ تميت غالبًا ، أو هو أن يقتل قَصْدًا بما يغلب على الظن موثُّ المقتول به ، عالمًا بكونِ المقتول آدميًا معصومًا (1) .

قال ابن حزم في هذا الشأن : ومن قتل مؤمنًا عمدًا في دار الإسلام أو في دار الحرب - وهو يدري أنه مسلمٌ - فوليُّ المقتول مخيرٌ إن شاء قَتَلَه بمثل ما قتل هو به وليه من ضرب أو طعن أو رمي أو صَبَّ في حاليٍّ أو تحريق أو تغريق أو شُدْخ أو إجماعة أو تعطيش أو خنق أو غم أو وطء فريس أو غير ذلك لا تحاش شيقًا ، وإن شاء عفا عنه أحبُّ القاتل أم كرهه لا رأي له في ذلك (2) .

وقال الشافعي في ذلك أيضًا : إذا عمد رجلٌ بسيف أو خنجرٍ أو سنانٍ رمح أو ما يُشَقُّ بهتله إذا ضُرب أو رُمي به الجلدُ واللحمُ دون المقتل ففَجَّرَحه جرحًا كبيرًا أو صغيرًا فمات منه فعليه القَوْدُ ، وإن شَدَّخه بحجرٍ أو تابعٍ عليه الحقن أو والى عليه بالشوْط حتى يموت أو طيئ عليه بيتًا بغير طعام ولا شراب مدةً يغلب أنه يموت فيها أو ضربه بسوط في شدة بردٍ أو حرٍّ ونحو ذلك مما يغلب أنه يموت منه فمات فعليه القَوْدُ (3) .

قول الحنفية في العمد

ذهبت الحنفية في معنى القتل العمد مذهبًا خاصًا خالفوا فيه جمهور العلماء ، فقالوا : إن العمد ما تعمَّدَ ضربه بـسلاحٍ أو ما أُجْري معجى السلاح كالْحَدِيدِ من الخشب وليطة القصب والمروزة المحددة ، وهي القطعة من الحجر الصُّوَانِ يكون لها أطرافٌ تقطع ما أصابته .

(1) بداية المجتهد (ج 2 ص 363) والمجموع (ج 18 ص 349) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 329) وكشاف

القناع (ج 5 ص 505) والمغني (ج 7 ص 637 ، 639) والخلی (ج 10 ص 360) .

(2) الخلی (ج 10 ص 360) .

(3) مختصر المزني (ص 238) .

وكذلك النار التي هي أسرع للهلاك ، ويستوي في المحدد ما لو كان من الحديد أو ما يشبهه من النحاس والرصاص والذهب والفضة ، أما ما كان من قتل بغير السلاح أو ما له حدٌ ، كالقتل بالتفريق والشتم أو الإلقاء من شاهق أو الخنق أو التجويع والتعطيش أو الضرب بالمثل كالحجر الكبير ونحوه ، فذلكم كله قاصرٌ عن معنى العمدية المحضة فهو شبه عمد . ووجه قولهم أن العمد هو القصد ، ولا يُوقَفُ على هذا إلا بما يدل عليه ، وإنما يدل عليه استعمال الآلة القاتلة ، وهي السلاح ونحوه من المحدد أو النار ⁽¹⁾ .

التبريح

الراجح عندي قول الجمهور ، وهو أن العمد : قصدُ القتل بكل ما يقتل غالباً سواء في ذلك القتل بالمحدد أو غيره مما يُبيح كالتفريق والإلقاء والشتم والمثل أو غير ذلك من أسباب القتل ، فإن ذلك كله عمدٌ يستوجب القصاص ، وهو مقتضى قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ .

ويؤيد القول بالعمدية كلٌّ من السنة والمعقول :

أما السنة : فمنها ما أخرجه مسلم عن أنس بن مالك أن جارية وُجدَ رأسها قد رُضَ بين خبزتين ، فسألوها : من صنع هذا بك فلان ؟ فلان ؟ حتى ذكروا يهودياً ، فأوثمَتْ برأسها ، فأخذ اليهودي فأقرَّ « فأقر به رسول الله ﷺ أن يُرضَ رأسه بالحجارة » ⁽²⁾ .

وأخرج مسلم - بلفظ آخر - عن أنس أن رجلاً من اليهود قتل جارية من الأنصار على لحلي لها ثم ألقاها في القليب ورضخ رأسها بالحجارة ، فأخذ فأثبى به رسول الله ﷺ « فأمر به أن يُرجم حتى يموت فرجم حتى مات » ⁽³⁾ .

وأخرج أبو داود عن أبي هريرة قال : كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ولا يأكل الصدقة ، فأحدث له يهودية بخير شاة مصلية شئتها فأكل رسول الله ﷺ منها وأكل القوم ، فقال : « ازفوا أيديكم ، فإنها أخبرتني أنها مسمومة » فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري ، فأرسل إلى اليهودية « ما حملك على الذي صنعتِ ؟ » قالت : إن كنت نبياً لم يضرك الذي صنعت ، وإن كنت ملكاً أرحم الناس منك ، « فأمر بها

(1) شرح فتح القدير (ج 10 ص 205) والبنية (ج 10 ص 4 ، 5) .

(2 ، 3) مسلم (ج 6 ص 104) .

رسول الله ﷺ قَتِلَتْ « ثم قال في وَجَعِهِ الذي مات فيه : « مَا زِلْتُ أَجِدُ مِنَ الْأَكْلَةِ الَّتِي أَكَلْتُ بِخَبِيرٍ ، فَهَذَا أَوَانُ قَطَعْتُ أَتَبْهَرِي » (1) .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس أن عمر (رضي الله عنه) سأل الناس في الجنين ، فقام حملُ بن مالك بن النابغة فقال : كُنْتُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لِي فَضَرْتُهُمَا إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِعَمودٍ وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ فَقَتَلْتُهُ « فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ وَقَضَى أَنْ تُقْتَلَ الْمَرْأَةُ بِالْمَرْأَةِ » (2) .

وأخرج البيهقي عن مرداس أن رجلاً رمى رجلاً بحجر فقتله ، فَأُتِيَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَأَقَادَهُ مِنْهُ « (3) .

وأخرج البيهقي أيضاً عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « مَنْ عَرَّضَ عَرَضَنَا لَهُ ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرَقَنَا ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَقَنَا » (4) .

أما احتجاج الحنفية بالحديث « أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ الْخَطَا شِبْهَ الْعَمْدِ قَتِيلِ السُّوْطِ وَالْعَصَا : الدِّبْيَةُ مَغْلُظَةٌ ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بَطْنِهَا أَوْلَادُهَا » (5) ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُثْقَلِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَنَ الْعَصَا بِالسُّوْطِ وَلَا يَكُونُ السُّوْطُ إِلَّا صَغِيرًا ، وَكَذَلِكَ اِحْتِجَاجُهُمْ بِقَوْلِهِ ﷺ : « مَنْ قَتَلَ فِي عِمِّيٍّ فِي رَمِيٍّ يَكُونُ بَيْنَهُمْ بِحِجَارَةٍ أَوْ بِالسِّيَاطِ ، أَوْ ضَرْبٍ بِعَصَا فَهُوَ خَطَا ، وَعَقْلُهُ عَقْلُ الْخَطَا » (6) ، فَإِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى كَوْنِ الْحَجَرِ صَغِيرًا ؛ لِأَنَّهُ قَرَنَهُ بِالسِّيَاطِ .

أما المعقولُ فهو أن المرادَ بالقتلِ العمدَ زهوقَ النفسِ قصداً ، ويتحقق بأيما آلةٍ أو سببٍ ، سواء كان ذلك بالحدِّ وغيرِ الحدِّ ، فما غَلَبَ الظُّنُّ أَنَّهُ يُمِيتُ شَيْئاً عَمْدًا ؛ لِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ إِزْهَاقُ النَّفْسِ ، وَهُوَ مَا يَقْتَضِيهِ مَفْهُومُ الْآيَةِ ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ يَشْمَلُ الْقَتْلَ الْعَمْدَ بِكُلِّ صَوْرَةٍ وَوَجْهِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ الْمَقْصُودَ هُوَ إِزْهَاقُ النَّفْسِ وَهُوَ مَا يَسْتَوْجِبُ الْقَصَاصَ ، وَلَا يَجْرِمُ أَنْ يَكُونَ أَنْفَى لِلْقَتْلِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ دَرَجَةٍ لِلْقَتْلِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ وَتَخْوِيفٍ لِلْعَصَا وَالْفَسَاقِ أَنْ يَجْتَرِئُوا عَلَى إِزْهَاقِ النَّفُوسِ الْبَرِيَّةِ بِغَيْرِ الْحَدِّ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَمْدًا فَلَسَوْفَ يَكُونُ فِي ذَلِكَ تَحْرِيطٌ عَلَى الشَّرِّ وَإِزْهَاقُ الْأَرْوَاحِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَلَسَوْفَ يَكُونُ فِيهِ كَذَلِكَ مَا يَدْعُو الْقَتْلَةَ وَالسَّافِحِينَ لِلْاجْتِرَاءِ عَلَى الْقَتْلِ بِمُخْتَلِفِ الْوَسَائِلِ مِنْ غَيْرِ الْحَدِّ ، وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفُسَادِ وَالضَّرَرِ وَاتِّشَاعِ الْفَوْضَى مَا لَا يَخْفَى .

(2 - 4) البيهقي (ج 8 ص 43) .

(1) أبو داود (ج 4 ص 175) .

(5) البيهقي (ج 8 ص 45) .

(6) أخرجه أبو داود عن ابن عبيد (ج 4 ص 183) .

القتل شبه العمد

شبه العمد أن يقصد القاتل الجناية أو الضرب بما لا يقتل غالباً ، إما لقصد العدوان على المجني عليه ، أو لقصد التأديب ، فيُشْرِفُ فيه بما لا يقتل غالباً ، وذلك كما لو وَكَّره يده أو لَكَرَه بها ⁽¹⁾ ، أو ضربه بسوطٍ أو عصاً صغيرة أو حجرٍ صغير ، أو ألقاه في ماءٍ قليل غير مُغْرَقٍ ، أو نحو ذلك من صور الضرب أو القتل غير القاتل في الغالب ، فذلكم كله شبه عمد ، وسُمِّيَ بذلك لاجتماع العمد والخطأ فيه ، فقد عمد القاتل الفعل وأخطأ في القصد ؛ إذ لم يقصد القتل ، وهو لا قصاص فيه ، وإنما فيه الدية على عاقلة الجاني ، وهو الذي عليه أكثر العلماء وفيهم الحنفية والشافعية والحنابلة ⁽²⁾ .

ويُراعى في ذلك قول الحنفية : إن العمد ما كان سلاحاً أو ما يجري مجراه مثل الذبح بليطة قصبة أو شقة العصا أو بكل شيء له حُدٌّ يعمل عمل السلاح ، أو يَحْرِقُهُ بالنار ، فهذا كله عند الإمام أبي حنيفة عند محض ، وما سوى ذلك من القتل بالعصا والحجر صغيراً كان أو كبيراً فهو شبه العمد ، وكذلك التفريق في الماء وفيه الدية مغلفة على العاقلة وعليه الكفارة ⁽³⁾ .

ويُستدل على شبه العمد فيما لا يقتل غالباً بما أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل : منها أربعون في بطونها وأولأها » ⁽⁴⁾ .

وأخرج مسلم عن أبي هريرة أنه قال : « قضى رسول الله ﷺ في جبين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة : عبدٌ أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة تُؤْفَيْتُ فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيتها وزوجها ، وأن العقْلَ على عَصَبَيْهَا » ⁽⁵⁾ .

وأخرج مسلم أيضاً عن أبي هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرسخت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ « فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنيها غرة : عبدٌ أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها » ⁽⁶⁾ .

(1) الكُرُ : الضرب بجميع اليد على الصدر ، والوَكْر : الضرب والدفع . انظر مختار الصحاح (ص 603 ، 734) .

(2) كشف القناع (ج 5 ص 512) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 200) والمجموع (ج 18 ص 373) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 200) . (4) أبو داود (ج 4 ص 185) .

(5 ، 6) مسلم (ج 6 ص 110) .

وأخرج مسلم كذلك عن المغيرة بن شعبة أن امرأة قتلت ضرتها بعمود فسطايط فأتى فيه رسول الله ﷺ فقضى على عاقلتها بالدية ، وكانت حاملا فقضى في الجنين بغرة ، فقال بعض عصبها : أتدي من لا طعيم ولا شرب ولا صاح فاشتغل ، ومثل ذلك يُطَل ؟ فقال : « سَجِّع كسَجِّع الأعراب ؟ » (1) .

ووجه الاستدلال بذلك أن الدية لما جعلها النبي ﷺ على العاقلة فقد دل على أن القتل شبه عمد وليس عمدا ؛ إذ لو كان عمدا - كما يقول المالكية وأهل الظاهر - لجعلها النبي ﷺ على القاتل ، لأن العاقلة لا تحمِل دية العمد .

وقد ذهبت المالكية وأهل الظاهر إلى أنه لا وجود لشبه العمد بل إنه مندرج في العمد ، وقالوا : إن القتل يحتمل معنيين دون ثالث ، وهما : العمد ، والخطأ ، كما ثبت بالكتاب الحكيم ، أما شبه العمد فلا نعرفه ، وعلى هذا فإن من قتل بما لا يقتل مثله غالبا كالتعضية واللطمية وضربة السوط والقضيب وشبه ذلك فإنه عمدا وفيه القود (2) ، وهو خلاف الذي عليه أكثر العلماء ؛ إذ جعلوا شبه العمد مترددا بين العمد والخطأ ، وقد بينا أن ذلك هو الصحيح لما يؤيده من نصوص السنة ، وكذلك المعقول ، فإن الدماء والأرواح أحق ما يحتاط لها وهي أجدر بالاهتمام بها والحرص عليها ؛ دونهما من الزهوق ، فلا ينبغي مع هذا الاهتمام والحرص أن يتقرر القود بسبب عضبة أو لطمة أو ضربة سوط أو نحو ذلك ، وإنما يتقرر القود بأمرين لا إشكال فيه كالقتل بما يجيئ غالبا .

القتل الخطأ

وهو أن يفعل فعلا لا يُريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله ، وبذلك ينتفي القصد من القتل ؛ لأن القاتل قصد فعلا ولم يقصد القتل ، أو قصد شيئا فأصاب غيره - وهو معصوم الدم - فقتله ، قال ابن المنذر في هذا : أجمع كل من نحفظ من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يزعم الرامي شيئا فيصيب غيره ، لا أعلمهم يختلفون فيه ، وذلك الذي عليه عامة أهل العلم ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ، وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر .

على أن وجوه الخطأ كثيرة لا تحصى يربطها جميعا عدم القصد ، وذلك كأن يرمي

(1) مسلم (ج 6 ص 111) .

(2) أسهل للمبارك (ج 3 ص 128) والهلبي (ج 10 ص 343) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 329) .

صفوفَ المشركين فيصيب مسلماً ، أو يسعى بين يديه من يستحقُّ القتلَ من زانٍ أو محاربٍ أو مرتدٍ فطأته ليقْتلَهُ فلقى غيره فظنه هو فقتله فذلك خطأ .

وكذلك أن يرمي ما يظنُّه صيداً أو هدفاً فيصيب آدمياً لم يقصده فإنه خطأ بلا خلاف ، وتجب فيه الدية ⁽¹⁾ .

قال ابن حزم في هذا الشأن : فالخطأ مَنْ رَمَى شيئاً فأصاب مسلماً - لم يُرْده - بما يمتثلُه فمات المصاب ، أو وقع على مسلم فمات مِنْ وقته ، فهذا كله لا خلاف في أنه قَتْلٌ خطأ لا قَوْدَ فيه ، أو قَتْلٌ في دار الحربِ إنساناً يرى أنه كافِرٌ فإذا به مسلمٌ ، أو قتل إنساناً متأزلاً غير مقلد وهو يرى أنه ⁽²⁾ على الحق فإذا به على الخطأ ⁽³⁾ .

على أن الحنفية جعلوا أقسامَ القتل خمسةً كما بينا ، إذ أضافوا إلى العمد والخطأ قسمين آخرين هما :

الأول : ما أُجرى مجرى الخطأ مثلُ النائم ينقلب على رجلٍ فيقتله ، فحكمه حكمُ الخطأ في الشرع فتجب فيه الدية والكفارة ، والدية على العاقلة ، وقالوا : إن هذا النوع من القتل دون الخطأ حقيقة ؛ لأن الجاني ليس من أهل القصد أصلاً وإنما وجبت الكفارة لعدم التحرُّز ؛ إذ نام في موضع يتوهم أن يصير فيه قاتلاً ، وكذلك لو وقع من سطح على إنسان فقتله ، أو كان على دابة فوطئت إنساناً فمات ، أو كان في يده لبنٌ أو خشبة فسقطت على إنسان فقتلته فهذا مثلُ النائم ينقلب فيقتل إنساناً معصوماً فأجرى مجرى الخطأ .

الثاني : القتل بسبب ، وذلك كحافِرِ البئر وواضعِ الحَجَرِ في غير ملكه ، وموجب ذلك - إذا حصل التَّلَفُ للآدمي - الدية على عاقلة الحافر أو الواضع ؛ لأنه سبب التلف ، ولا كفارة في ذلك ولا يتعلق به حرمانٌ من الميراث ⁽⁴⁾ .

* * *

(1) كشف القناع (ج 5 ص 313) والمحلّى (ج 10 ص 343) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 192) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 313) والمغني (ج 7 ص 651) .

(2) أي القاتل . (3) المحلّى (ج 10 ص 343 ، 344) .

(4) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 214) والبنية (ج 10 ص 17 ، 18) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 193) .

الدييات

الدييات : جمع ، ومفردُه : دِيَّةٌ - بالكسر - وهي في اللغة تعني حقُّ القَتيل ، وَوَدَاهُ : أي أعطاه دِيَّتَهُ (1) .

والدية في الشرع : اسمٌ لضمَّانٍ ماليٍّ يجب عَرْضًا عن دم الآدمي إلى وليه ، أو عن طَرَفٍ فيه يُعْطَى للمجني عليه (2) .

ونعرض للحديث أولاً عن دية القتل بأقسامه الثلاثة الميئنة سابقاً ، وهي العمد والخطأ وشبه العمد .

أما الدية في الجملة فقد ثبتت مشروعيتها بكلٍّ من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤَيَّمَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ (3) .

أما السنة : فمنها ما أخرجه البيهقي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والدييات وبعث به مع عمرو بن حزم وفيه « وإن في النفس الدية مائة من الإبل » (4) وغير ذلك من الأخبار في دية النفس كثير .

أما الإجماع : فقد أجمع العلماء على وجوب الدية في القتل إلا أن يعفو الولي (5) .

مقدار الدية وأصلها

لا خلاف بين العلماء في أن الإبل أصل في الدية ، وأن دية المسلم الحر مائة من الإبل وفي ذلك إجماع أهل العلم ، لكنهم اختلفوا فيما إذا كان ثمة أصول للدية غير هذا الأصل أم أن الدية محصورة في الإبل ومقدارها مائة كما ثبت بالأدلة الصحيحة والكثيرة من السنة ، للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال نغرض لكل واحد منها في هذا التفصيل :

القول الأول : وهو أن للدية في القتل الخطأ وشبه العمد ، أو العمد - إذا عفا الولي

(1) القاموس المحيوط (ج 4 ص 401 ، 402) .

(2) البناية (ج 10 ص 122) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 315) .

(3) سورة النساء الآية (92) .

(4) البيهقي (ج 8 ص 73) .

(5) للذهبي (ج 7 ص 759) والمجلى (ج 10 ص 389) .

عن الجاني - أضلاً واحداً ، وهو الإبل ، وعلى هذا فإن دية المسلم الحر مائة من الإبل لا غير ، فإن عُدِمَتْ قِيمَتُهَا ، وهو قول الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ، وقال به طاووس وابن المنذر (1) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه النسائي وغيره عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده - من حديث طويل - أن رسول الله ﷺ كَتَبَ إلى أهل اليمن كتاباً فيه الفرائض والسُنَنُ والدياثُ وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على أهل اليمن ومنها : « وَإِنَّ فِي النَّفْسِ الدِّيَةَ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ » (2) .

وأخرج النسائي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « أَلَا وَإِنْ قَتِلَ الْخَطَا شَبَهُ الْعَمْدَ مَا كَانَ بِالسُّوْطِ وَالْعَصَا مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ ، أُرْبِعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » (3) . وأخرج النسائي أيضاً عن القاسم بن ربيعة أن رسول الله ﷺ قال : « الْخَطَا شَبَهُ الْعَمْدَ - يَعْنِي بِالْعَصَا وَالسُّوْطِ - مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ ، مِنْهَا أُرْبِعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » (4) ، إلى غير ذلك من التصوص التي حصر فيها النبي ﷺ الدية في نوع واحد وهي الإبل ، سواء في ذلك القتلُ العمد أو غيره من الخطأ وشبه العمد ، وفُرِّقَ في مقدار الدية - من حيث التغليظ والتخفيف - تبعاً لنوع القتل .

قال الإمام الشافعي في ذلك : ودية الحر المسلم مائة من الإبل لا دية غيرها كما فرض رسول الله ﷺ ، فَإِنْ أُغْوِرَتِ الْإِبِلُ قِيمَتُهَا (5) .

وقال ابن حزم في المحلى : والدية في العمد والخطأ مائة من الإبل ؛ فَإِنْ أُعْدِمَتْ قِيمَتُهَا لَوْ وُجِدَتْ فِي مَوْضِعِ الْحَكْمِ بِالْغَنَةِ مَا بَلَّغَتْ مِنْ أَوْسَطِ الْإِبِلِ بِالْغَنَةِ مَا بَلَغَتْ ، وهي في الخطأ على عاقلة القتيل ، وأما في العمد فهي في مال القتيل وحده (6) .

القول الثاني : وهو أن للدية ثلاثة أصول ، وهي : الإبل ، والذهب ، والورق . على هذا فإن الدية لا تثبت إلا من هذه الأنواع الثلاثة دون غيرها ، فهي على أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ،

(1) المغني (ج 7 ص 759) والأم (ج 6 ص 105) ومختصر المزني (ص 458) .

(2) النسائي (ج 8 ص 58) . (3) النسائي (ج 8 ص 41) .

(4) رَوَاهُ النَّسَائِيُّ (42 / 8) بِرَقْمٍ (4800) . (5) الأم (ج 6 ص 105) .

(6) المحلى (ج 10 ص 388) .

وذلك الذي عليه المالكية ، وهو قول الإمام أبي حنيفة ، وبذلك فإن للوحي الخيار من هذه الأنواع الثلاثة (1) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه البيهقي عن عمرو بن شعيب أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال : « إني لخائف أن يأتي من بعدي من يُهلك دية المرء المسلم . فلاقولن فيها قولاً : على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم » (2) ، ويختلف الإمام أبو حنيفة وأصحابه مع غيرهم في مقدار الدية من الورق ؛ إذ قالوا هي عشرة آلاف فقط .

القول الثالث : وهو أن الدية لها خمسة أصول ، وهي : الإبل ، والذهب ، والورق ، والبقر ، والغنم ، وهو رواية عن عمر ، وقال به عطاء وطاوس والثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد (3) ، وحجبتهم في ذلك ما أخرجه أبو داود والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين ، فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر (رحمه الله) فقام خطيباً فقال : ألا إن الإبل قد غلبت ، قال : ففرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلال مائتي حلة ، قال : وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية (4) ، وهم يعتبرون هنا أن الذهب والورق صنف واحد من أصناف الدية .

إذا ثبت هذا فإن أصول الدييات في الجملة هي : الإبل ، والذهب ، والورق ، والبقر ، والغنم ، والحلل ، على الخلاف في ذلك كما بينا .

أما مقدار الدية من الإبل فهي مائة بلا خلاف ، وكذا الذهب فإن الدية منه ألف مثقال (دينار) ، وفي مقدارها من الورق خلاف ؛ إذ قالت الحنفية : إنها عشرة آلاف درهم ، وهو قول ابن شبرمة (5) .

(1) أسهل المدارك (ج 3 ص 126) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 316) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 74) والبناء (ج 10 ص 131) .

(2) البيهقي (ج 8 ص 80) .

(3) شرح فتح القدير (ج 10 ص 374 ، 375) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 316) والمغني (ج 7 ص 759) .

(4) البيهقي (ج 8 ص 77) وأبو داود (ج 4 ص 184) .

(5) البناء (ج 10 ص 129) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 210 ، 211) .

وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ قَالَ : بَلَغْنَا عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) أَنَّهُ قَرَضَ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ فِي الدِّيَةِ ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ ⁽¹⁾ ، وَقَالُوا أَيْضًا : إِنَّ الدِّينَارَ مَعْدُولٌ فِي الشَّرْعِ بِعَشْرِ دَرَاهِمٍ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ نَصَابَ الذَّهَبِ فِي الزَّكَاةِ عَشْرُونَ مِثْقَالًا ، وَنَصَابُ الْفِضَّةِ مِائَتًا دِرْهَمٍ ⁽²⁾ .

وَذَهَبَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ إِلَى أَنَّهَا مَقْدَرَةُ بَائِنِي عَشْرِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَهُوَ قَوْلُ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَآخَرِينَ غَيْرِهِمْ ⁽³⁾ وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيِّ وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : « قُبِّلَ رَجُلٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ دِيْنَهُ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفًا » ⁽⁴⁾ .

وَأَخْرَجَ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ عِكْرَمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْدِّيَةِ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ⁽⁵⁾ .
أَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ فَالْأَصْلُ فِي الدِّيَةِ عِنْدَهُمْ أَنْ تَكُونَ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ دُونَ غَيْرِهَا ، فَإِنْ غَدِمَتْ أَخْرَجَ قِيَمَتَهَا كَائِنَتْ مَا كَانَتْ قِيَمَةُ الْإِبِلِ ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ عَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ مِنَ الْوَرِقِ ، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِنَ الْبَقَرِ ، وَعَلَى أَهْلِ الْغَنَمِ مِنَ الْغَنَمِ أَنْ يُعْطُوا مِنْ أَيِّ صِنْفٍ كَانَ بِقِيَمَةِ الْإِبِلِ مَا كَانَتْ إِنْ ارْتَفَعَتْ أَوْ انْخَفَضَتْ قِيَمَتُهَا يَوْمَئِذٍ ⁽⁶⁾ .

إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ فَإِنْ مَرَّ تَنَاطُؤٌ بِهِ الدِّيَةُ - سَوَاءَ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ أَوِ الْجَانِي نَفْسُهُ - لَهُ الْخِيَارُ فِي أَدَاءِ أَيِّ صِنْفٍ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الْخَمْسَةِ أَوِ السَّتَةِ ، وَالْوَلِيُّ يُلْزَمُهُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَقْبَلَ وَلَيْسَ لَهُ الْمَطَالِبَةُ بِغَيْرِهِ ، سَوَاءَ كَانَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الصَّنْفِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَذَلِكَ يَشْبُهُ الْخِيَارَ فِي أَنْوَاعِ الْكَفَّارَةِ ⁽⁷⁾ ، وَهُوَ أَنَّ الْحَالِفَ إِذَا حَنَثَ فِي يَمِينِهِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي وَاحِدٍ مِنْ أَصْنَافِ الْكَفَّارَةِ ، وَهِيَ : الْإِطْعَامُ ، وَالْكَسَاءُ ، وَالْإِعْتَاقُ ، فَأَيُّمَا صِنْفٍ مِنْ تِلْكَ الْأَصْنَافِ اخْتَارَ جَازٌ .

دِيَةُ الْعَمْدِ

تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ عَلَى الْجَانِي دُونَ غَيْرِهِ فَلَا تَحْتَمِلُهَا مَعَهُ الْعَاقِلَةُ ، وَهُوَ مَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الْعُلَمَاءُ ⁽⁸⁾ ، وَفِي هَذَا أَخْرَجَ النَّسَائِيُّ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ زُهْدَمٍ الْيَرْبُوعِيِّ عَنِ النَّبِيِّ

(1) الْبَيْهَقِيُّ (ج 8 ص 80) .

(2) أَحْكَامُ الْقُرْآنِ لِلْجَصَّاصِ (ج 3 ص 211) .

(3) تَفْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ (ج 5 ص 316) وَالْأَمُّ (ج 6 ص 105) وَالْمُنْهَاجُ (ج 7 ص 760) .

(4) الْبَيْهَقِيُّ (ج 8 ص 80) .

(5) رَوَاهُ النَّسَائِيُّ (ج 8 ص 44) .

(6) 7 ، 8) الْمُنْهَاجُ (ج 7 ص 761) .

(6) الْخُلَعِيُّ (ج 10 ص 390) .

ﷺ قال : « ألا لا تَجْنِي نفس على الأخرى » (1) .

وأخرج النسائي أيضًا عن أبي رقة قال : أتيت النبي ﷺ مع أبي فقال : « من هذا معك ؟ » قال : ابني أشهد به ، قال : « أما إنك لا تَجْنِي عليه ولا تَجْنِي عليك » (2) ، وبذلك فإن دية العمد لا يُحْمِلُهَا غَيْرُ الجاني ، ولأن المتعمد ليس له عذر ، فهو لا يستحق التخفيف أو المواساة كالقاتل خطأ ، ولذلك فإن قاتل العمد إنما ييؤء بموجب جنايته فهو وحده يختص بضررها مثلما يختص بنفعها (3) .

وفي هذا أخرج البيهقي عن ابن عباس قال : « لا تَغَيِّلُ العاقلة عقدا ، ولا صلحا ، ولا اعترافا ، ولا ما جنى المملوك » (4) .

أما كيفية أداء دية العمد فهو موضع خلاف كذلك ، فقد ذهب الشافعية إلى أن دية العمد ثلاث ، فهي بذلك مائة بعير مُثَقَّلَةٌ ، تجب في مال الجاني معجلة ، ويُطْلَقُ البعيرُ على الذكر والأنثى ، والأثلاث أن تكون ثلاثين جِذَّةً (5) وثلاثين جَذَعَةً (6) وأربعين خِلْفَةً أي حاملًا ، وهو قول الشافعية ، وأحمد في رواية ، وبه قال عطاء ومحمد بن الحسن ، وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة (7) .

واستدلوا على ذلك عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « من قتل مؤمنا متعمدا دُفِعَ إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية ، وهي ثلاثون جِذَّةً وثلاثون جَذَعَةً وأربعون خِلْفَةً ، وما صالحوا عليه فهو لهم ؛ وذلك لتشديد العقول » (8) .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تجب في مال الجاني معجلة مغلفة أرباعا فهي

(1) ، (2) النسائي (ج 8 ص 53) .

(3) المغني (ج 7 ص 764 ، 765) وبداية المجتهد (ج 2 ص 377) وأسهل المدارك (ج 3 ص 127) والنباية

(ج 10 ص 15) والأم (ج 6 ص 112) . (4) البيهقي (ج 8 ص 104) .

(5) الجِذَّةُ : مفرد مؤنث ، وجشقه : جِذْق ، ومذكره : جِذْقٌ - بكسر الحاء - وهو ما كان من الإبل ابن ثلاث سنين ودخل في الرابعة ، انظر مختار الصحاح (ص 146) .

(6) الجَذَعَةُ : مؤنث ، ومذكره : إِسْغَى الجَذَع - بفتحين - والجمع : جَذَعَاتٌ - بالفتح أيضًا - والجذعة : نُكَّال لولد الشاة في السنة الثانية ، ولولد البقر في السنة الثالثة ، ولولد الإبل في السنة الخامسة . انظر مختار الصحاح (ص 96 ، 97) .

(7) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 129 ، 130) والأم (ج 6 ص 112 ، 113) والمغني (ج 7 ص 765) .

(8) الترمذي (ج 4 ص 11 ، 12) .

بذلك إذا قُيِّلَتْ ، خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون بنت مخاض⁽¹⁾ ، وسميت الحقة بذلك ؛ لأنها يُستحق أن يُحمَلَ عليها وتركب ، فإذا دخلت في السنة الخامسة ، فهي جذعة وجذع ، فإذا دخلت في السنة السادسة وألقت ثِيْبَهَا فهي ثِيْبَةٌ وذكرها ثِيْبٌ⁽²⁾ .

وبنت لبون وابن لبون ولد الناقة إذا استكمل السنة الثانية ثم دخل في الثالثة ، وسميت الأنثى ابنة لبون ؛ لأن أمه وضعت غيره فصار لها لبنٌ ، ويُعرَفُ باللام ؛ فيقال : ابن اللبون⁽³⁾ .

واستدلوا على وجوب الدية في القتل العمد مربعة بما أخرجه البيهقي عن عبد الله بن مسعود قال : « في شِيبَةِ العمد خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون بنات مخاض »⁽⁴⁾ ، وهم في ذلك يجعلون الحكم في دية العمد وشِيبَةِ العمد سواء ، وهو ما يُقَلَّم بالاستقراء ، وكذلك فإن المالكية يجعلون شبهة العمد مندرجاً في العمد ، فديته دية .

أما الحنفية فالديات عندهم نوعان : دية الخطأ ، ودية شبه العمد ، أما العمد فليس له عندهم دية وإنما الواجب في العمد ما اصطُح على الجاني والولي⁽⁵⁾ .

دية الخطأ

إذا كان القتل خطأً فالدية تحملها العاقلة أحماساً في ثلاث سنين ، والأحماس هي : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر ، وهو قول ابن المنذر وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ، فقد ذهبوا إلى تخميس الدية في القتل الخطأ إلا أن الحنفية والحنابلة جعلوا مكان ابن لبون ابن مخاض⁽⁶⁾ ، وفي هذا أخرج النسائي والترمذي عن ابن مسعود قال : « قضى رسول الله ﷺ دية الخطأ عشرين بنت مخاض ، وعشرين ابن

(1) أسهل المدارك (ج 3 ص 127) والمغني (ج 7 ص 714) وبداية المجتهد (ج 2 ص 375) .

(2) انظر سنن أبي داود (ج 4 ص 187) . (3) مختار الصحاح (ص 590) .

(4) البيهقي (ج 8 ص 69) . (5) بداية المجتهد (ج 2 ص 374) .

(6) الأُم (ج 6 ص 113) وبداية المجتهد (ج 2 ص 375) والمغني (ج 7 ص 769) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 274) وأسهل المدارك (ج 3 ص 126) .

مخاض ذكورا ، وعشرين بنت لبون ، وعشرين جذعة ، وعشرين حقة ⁽¹⁾ .
وأخرج البيهقي عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ : عشرون ابنة
مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ⁽²⁾ .
وثمة رواية عن علي والحسن والشعبي وإسحق أنها أرباع كدية العمد ، ومُحَجَّثُهُمْ فِي
ذلك ما أخرجه أبو داود عن علي (رضي الله عنه) قال : في الخطأ أرباعاً : خمس
وعشرون حقة ، وخمسة وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس
وعشرون بنات مخاض ⁽³⁾ .

وقيل في صور التخميس غير ذلك لكنهم متفقون في الجملة على أن دية الخطأ
مُكَمَّسَةٌ وهي تؤخذ في ثلاث سنين ، في كل سنة ثلث الدية ، وأن دية الخطأ على
العاقلة ، وذلك على سبيل التخفيف والمواساة للجاني ؛ لأنه لم يقصد الجنابة ⁽⁴⁾ .

دية شبه العمد

دية شبه العمد كدية العمد من حيث التغليظ ، وما في ذلك من خلاف للعلماء في
كيفية الدفع ، ومع ذلك فإن دية شبه العمد تُخَالِفُ الدية في العمد في أمرين :
الأمر الأول : أن الدية في شبه العمد تُنَاطُ بالعاقلة ، أما في العمد فإنها تناط بالجاني
نفسه ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء وفيهم الشافعية والحنفية والحنابلة ، وهو قول
الشعبي والنخعي والثوري وإسحق وابن المنذر ، واستدلوا على ذلك بما أخرجه مسلم عن
أبي هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في
بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنيها غُرَّةُ أو
وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها ⁽⁵⁾ ، وهو يدل على أن هذا القتل شبه عميد ؛ إذ
لو كان عمداً لما جعل الدية فيه على العاقلة ⁽⁶⁾ .

(1) السائي (ج 8 ص 44) والترمذي (ج 4 ص 10) .

(2) البيهقي (ج 8 ص 73) .

(3) أبو داود (ج 4 ص 186) .

(4) المغني (ج 7 ص 770) ومن الترمذي (ج 4 ص 11) .

(5) مسلم (ج 6 ص 110) .

(6) المغني (ج 7 ص 767) والألم (ج 6 ص 113) والبنية (ج 10 ص 122) وشرح فتح القدير ومعه شرح

العناية (ج 10 ص 212) .

وذهب آخرون - في قول مرجوح - إلى أن الدية في شبه العمد على القاتل في ماله ، وهو قول ابن سيرين والزهري وابن شبرمة وقتادة وأبي ثور ⁽¹⁾ .

والصواب ما ذهب إليه الجمهور ، وذلك للأخبار الصحيحة الدالة على أن الدية في قتل شبه العمد على العاقلة وليس في مال القاتل ، وذلك على سبيل المواساة والتخفيف ؛ لأن القاتل لم يُرِدِ القتلَ فاقتضى ذلك تغليظاً من وجه ، وهو الأسنان في الدية ، واقتضى كذلك تخفيفاً من وجه آخر وهو :

الأمر الثاني : أن الدية في شبه العمد تجب مؤجلة على ثلاث سنوات ، وذلك الذي عليه عامة أهل العلم من غير خلاف بينهم ، وهو مروى عن عمر وعلي وابن عباس ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ⁽²⁾ ، خلافاً للمالكية ؛ إذ أنكروا شبه العمد وجعلوه مندرجاً في العمد كما بيناه سابقاً .

تغليظ الدية

تغلظ الدية في القتل بجملة أشياء هي :

- أولاً : القتل في الحرم .
ثانياً : القتل في الأشهر الحرم .
ثالثاً : قتل المحرم .
رابعاً : قتل ذي الرحم .

وقد اتفق على القول بذلك في الجملة أكثر أهل العلم ، وهو مروى عن عثمان وابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء وطاووس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي وإسحق ، وهو قول الشافعية والحنابلة ⁽³⁾ واختلفوا بعد ذلك في صفة التغليظ ، فذهبت الشافعية إلى أن تغليظ الدية إنما يتحقق في إيجاب دية العمد في الخطأ ؛ كيلا يجتمع تغليظان في آن ، وعلى هذا فإن التغليظ عندهم ليس في زيادة عدد الإبل وإنما بالزيادة في أسنانها ، كالذي يكون عليه التغليظ في العمد وشبه العمد ، وهو أن منها أربعين خيلاً في بطونها أولادها .

وعلى هذا فإن الدية تُغلّظ عندهم في كل من : العمد ، والعمد الخطأ ، والقتل في

(1) المغني (ج 7 ص 767) .

(2) المغني (ج 7 ص 767) والأم (ج 6 ص 113) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 212) .

(3) المغني (ج 7 ص 772) والأم (ج 6 ص 112 ، 113) وحاشيتا القليوبي وصغيرة (ج 4 ص 130) .

الشهر الحرام ، والبلد الحرام ، وقتل ذي الرحم المحرم ولا تغلظ فيما سوى ذلك (1) ، واستدلوا على ذلك بما أخرجه البيهقي عن عبد الله بن أبي نجيح قال : سمعت أبي يذكر أن امرأة مولاة للعبلات ويطبقها رجل فقتلها وهي في الحرم ، فجعل لها عثمان (رضي الله عنه) ديةً وتُلتكأ (2) .

وأخرج البيهقي كذلك عن مجاهد أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قضى فيمن قُتل في الحرم ، أو في الشهر الحرام ، أو وهو مُحَرَّم بالدية وتُلتكأ الدية (3) .

أما الحنابلة فقالوا : الدية تُغلظ لكل واحد من الحرمات الثلاث : تُلْت دية ، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان : إحداهما : الدية الأصلية ، والثانية : مجموع التغليظ لثلاث حرمات ؛ وذلك لأن الحنابلة تُغلظ عندهم الدية بثلاثة أشياء وهي : القتل في الحرم ، والقتل في الأشهر الحرم ، وقتل المحرم ، أما قتل ذي الرحم المحرم كالابن ونحوه فتمة روايتان في المذهب في ذلك ، إحداهما : تغليظ ديته ، والثانية : عدم التغليظ ، وهو الأظهر في المذهب .

ويستوي في وجوب التغليظ عندهم ما لو كان ذلك في القتل الخطأ أو العمد ، فإن كان القتل خطأ وجب التغليظ كالذي بيناه ، وإن كان عمدًا غلظت الدية للعمد فضلاً عن تغليظها من أجل الحرمات الثلاث (4) ، ولحققتهم في ذلك ما احتججت به الشافعية .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى التغليظ في قتل الابن ، فإذا حذف الرجل ابنته بالسيف فقتله كان عليه الدية مغلظة ، وهي ثلاثون جقة وثلاثون جذعة وأربعون خيفة ، وهي حالة ، وكذلك الجد إذا قتل وَلَدٌ ولديه فهو مثل الأب يقتل ولده من حيث التغليظ ، ولا تُغلظ الدية عند الإمام أبي حنيفة ومحمد وزفر وابن أبي ليلى فيما سوى ذلك ، فلا تُغلظ للقتل في الحرم ولا الشهر الحرام ، بل إن ذلك كغيره فيما يجب من الدية والقود ، وهو قول مالك أيضًا (5) .

(1) الأم (ج 6 ص 122 ، 123) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 130) .

(2) (3) البيهقي (ج 8 ص 71) . (4) المغني (ج 7 ص 772) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 210) .

العاقلة

عاقلة الرجل : عَصَبَتُهُ ، وهم القرابة من قِبَل الأب والذين يعطون دية من قَتْلِهِ الرجل خطأً ، والعَقْلُ معناه الدِيةُ ، وكذا المَعْقَلَةُ - بضم القاف - تعني الدِيةُ ، وجمعها : معاقل ، وعَقَلَ القَتِيلَ : أي أعطى دِيَّتَهُ ، وعَقَلَ عن فلان : أي غَرِمَ عنه جنايَتَهُ ، وذلك إذا لَزِمَتْهُ دِيةٌ فأدَّاهَا عنه ، وتعاقلوا دَمَ فلان : أي تعاقلوه بينهم ، واعتَقِلَ لسأته إذا حَبَسَ عن الكلام ، وقال أهل العراق في معنى العاقلة : هم أصحابُ الدواوين ⁽¹⁾ .

والعاقلة في الشرع : مَنْ يَحِيلُ العَقْلَ ، وهو الدِيةُ ، سُمِّيَتْ عَقْلاً ؛ لأنها تَغْفِي لِسَانَ وَلِيِّ المَقْتُولِ ، والعاقلة سُمِّيَتْ بذلك ؛ لأنهم يَمْنَعُونَ عن القاتل ، وذلك من العقل ومعناه : المنعُ ، وقد ذهب أَكْثَرُ العلماء إلى أَنَّ العاقلةَ العصباءُ ، وهم أَقْرَبُ القاتِلِ المَذْكُورِ من أبيه ، فليس من العاقلة مَنْ ليسوا من العصباءِ كالأخوة لأُمٍّ وسائر ذوي الأرحام وكذا الزوج ⁽²⁾ .

قال الإمام الشافعي في هذا الشأن : ولم أعلم مخالفاً في أَنَّ العاقلةَ العصباءُ ، وهم القرابة من قِبَلِ الأب ، وقال : وعلم العاقلة أن ينظر إلى القاتل والجاني ما دون القتل مما تحمله العاقلة من الخطأ ، فإن كان له أخوة لأبيه حَتَمَ عنهم جنايتهم على ما تَحِيلُ العاقلةُ ، فإن احتملوا لم تُرَفَعْ إلى بني جَدِّهِ وهم عمومته ، فإن لم يحتملوا رُفِعَتْ إلى بني جَدِّهِ ، فإن لم يحتملوا رُفِعَتْ إلى بني جَدِّ أبيه ، ثم هكذا تُرَفَعُ إذا عَجَزَ عنها أَقْرَبُهُ إلى أَقْرَبِ الناسِ به ، ولا تُرَفَعُ إلى بني أبٍ ودونهم أَقْرَبُ منهم حتى يَقْجِرَ عنها من هو أَقْرَبُ منهم ⁽³⁾ .

وقال ابن حزم كذلك : وإن قتل المسلم أو الذمي البالغان العاقلان مسلماً خطأً فالدية واجبةٌ على عاقلةِ القاتل وهي عشيرته وقبيلته ، وعلى القاتل في نفسه إن كان بالغاً عاقلاً مسلماً عتقاً رقيةً مؤمنةً ولا بد ، فإن لم يقدر عليها لفقره ، فعليه صيام شهرين متتابعين ⁽⁴⁾ .

وجملةُ ذلك أن العاقلةَ هم العصباءُ ويدخلُ فيهم آباءُ القاتِلِ وأبناؤُهُ وإخوته وعمومته وأبناؤُهُم ؛ لأنَّ العَقْلَ يَقْصِدُ به التناصرُ ، وعصبَةُ الرجلِ يَنَاطُ بِهِمْ عَوْنُهُ ومناصِرُهُ ، وهم في تحمُّلِ العقلِ (الدِيةِ) كشأنهم في الميراث ؛ إذ يُقَدَّمُ فيه الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ، وبذلك فإن أبناءَهُ وأبائَهُ أحقُّ بالعصباءِ بميراثه فكانوا أولى بتحمُّلِ عَقْلِهِ ، وإذا لم تكن عاقلة -

(1) مختار الصحاح (ص 447) والقاموس المحيط (ج 4 ص 19) .

(2) المغني (ج 7 ص 784) والأُم (ج 6 ص 115) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) وبداية المجتهد (ج 2 ص 378) والأُم (ج 10 ص 359) .

(3) الأُم (ج 6 ص 115) .

(4) المحلى (ج 10 ص 359) .

أو عجزت العاقلة عن العقل - حمله الموالي ⁽¹⁾ .

إذا ثبت هذا فإن سائر العصابات من العاقلة بُعدوا أو قُربوا من النسب ، فإذا عجزت العصابة حمله الموالي وعصباتهم ، أي أن العصابات جميعاً من العاقلة ، سواءً فيهم آباء القاتل وأبناؤه وإخوته وعمومته وأبناؤهم وهو قول الحنفية ⁽²⁾ والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم ، وبه قال أهل الظاهر إلا أنهم يَحْضُرُونَ العاقلة في العصابة دون الموالي ⁽³⁾ ، ويُستدل على أن العصابة كلها من العاقلة بما أخرجه مسلم عن المغيرة بن شعبه قال : ضربت امرأة ضَرْبَهَا بِمُحَرِّمٍ فَسَطَاطٍ ⁽⁴⁾ ، وهي حُبْلَى فقتلناها ، قال : فجعل رسول الله ﷺ ديةً للمقتولة على عصابة القاتلة وغُرَّةً لما في بطنها ، فقال رجلٌ من عصابة القاتلة أَتُغْرَمُ ديةً من لا أكل ولا شرب ولا استهل فمثل ذلك يُطْلَقُ ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أُسْجَعُ كَشَجْعِ الْأَعْرَابِ ؟ » وجعل عليهم الدية ⁽⁵⁾ .

وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أن عَقَلَ المرأة بين عصبته من كانوا لا يرثون منها شيئاً إلا ما فَضَّلَ عن ورثتها ، وإن قتلت فَعَقَلُهَا بين ورثتها وهم يَقْتُلُونَ قَاتِلَهَا ⁽⁶⁾ .

وأخرج البيهقي أيضاً عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « المرأة تَعَقِلُهَا عصبته ، ولا يرثون إلا ما فَضَّلَ عن ورثتها » ⁽⁷⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك عن ابن أبي الزناد عن أبيه عن فقهاء التابعين من أهل المدينة سعيد بن المسيب وغيره كانوا يقولون : إذا ولدت المرأة في غير قومها فبنوها يرثونها وقومها يَقْتُلُونَ عنها ومولاها بتلك المنزلة ، ميراثها لبنيتها وعَقْلٌ ما بَحَثَ على قومها ⁽⁸⁾ .

وذهبت الشافعية والحنابلة في الرواية الثانية عنهم إلى أن عصابة الجاني من النسب إلا الأَصْلَ وَالْفَرْعَ ، أي الأب وإن علا والابن وإن سَقُلَ ويقوم الأقرب فالأقرب ، فإن بقي شيء

(1) المغني (ج 7 ص 784) وبداية المجتهد (ج 2 ص 378) .

(2) يجب التنبيه على أن الحنفية قالوا : كان عاقلة الرجل في ابتداء الإسلام أَهْلَ عشيرته وأَهْلَ نسبه فلما دَوَّنَ عمرُ الدواوين فَوَضَّ ذلك على أهل الديوان ، انظر البناء (ج 10 ص 375) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 378) والْمُحَلَّى (ج 10 ص 359) والمغني (ج 7 ص 785) وَالْأَمُّ (ج 6 ص 116) والبناء (ج 10 ص 375) وَأَسْهَلُ الْمَدَارِكِ (ج 3 ص 129) .

(4) الفسطاط : بيتٌ من سُفَرٍ ، انظر مختار الصحاح (ص 503) .

(5) مسلم (ج 6 ص 111) . (6 - 8) البيهقي (ج 8 ص 107) .

من الواجب بحملته من يليه أي الأقرب ، إذ يُوزَع الباقي عليه ، والأقرب الأخوة ثم بنوهم وإن سَقَلُوا ثم الأعمام ثم بنوهم كالإرث ، ثم بعد عصبية النسب يكون المعتق ثم عصبته من النسب إلا أضله وفزعه في الأصح ثم معتقه ثم عصبته إلا أضله وفزعه على الخلاف (1) .

قال الشافعي (رحمه الله) في هذا الشأن : ومعرفة العاقلة أن ينظر إلى إحقوته لأبيه فيحملهم ما يحمل العاقلة ، فإن لم يحتملوا دُفِعت إلى بني جدّه فإن لم يحتملوا دُفِعت إلى بني جدّ أبيه ثم هكذا لا يدفع إلى بني أبي حتى يتعجز من هو أقرب منهم (2) .

واستدلوا على نفي العقل عن الآباء والأبناء بما أخرجه أبو داود عن جابر بن عبد الله أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدةٍ منهما زوجٌ وولَدٌ فجعل رسول الله ﷺ ديةً للمقتولة على عاقلة القتلة ، وبِراء زوجها وولدها ، فقال عاقلةُ المقتولة : ميراثها لنا ، فقال رسول الله ﷺ : « لا ، ميراثها لزوجها وولدها » (3) .

وأخرج مسلم عن أبي هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجرٍ فقتلتها وما في بطنها ، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ : « قضى رسول الله ﷺ أن ديةً جنيهاً غُرّةً - عبدٌ أو وليدةٌ ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها ووزئتها ولَدَها ومن معهم » (4) ، ووجه الاستدلال في حديث جابر أنه « بِراء زوجها وولدها » أي من العقل ، ويُقاس الأصل (الأب) على الولد (5) .

التوجيه

الراجح عندي القول الأول وهو أن العصبية جميعاً من العاقلة ، يحدوا من النسب أو قُربوا سواء فيهم الأبناء والآباء وغيرهم ، فإنهم جميعاً يشتركون في العقل في القتل الخطأ وشبه الحمد ، ويُؤيد ذلك الخبر الصحيح وهو حديث المغيرة بن شعبة السابق ، وكذا المعقول ؛ إذ إن المقصود بالعقل النصرة والمواساة ومدُّ العون للقاتل الذي قارب جنايته غير قاصدٍ ولا ظالم ، والنصرة لا تجزَم أن يشترك فيها عامةُ العصبية ، سواء فيهم الأصول والفروع والأعمام والإخوة وأبناؤهم ، فلزم بذلك أن يشترك الأقربون الذكور جميعاً في العقل ، الأقرب منهم فالأقرب ، والله تعالى أعلم .

إذا ثبت ذلك فإنه يبدأ في قسمة الدية بين العاقلة ، الأقرب منهم فالأقرب بحيث

(1) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 154 ، 155) والمغني (ج 7 ص 784) والأم (ج 6 ص 248) .

(2) الأم (ج 6 ص 248) . (3) أبو داود (ج 4 ص 192) .

(4) مسلم (ج 6 ص 110) . (5) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 154) .

يقسم على الإخوة وبنينهم وعلى الأعمام وبنينهم ثم أعمام الأب ثم بنينهم ثم أعمام الجد ثم بنينهم وهكذا ، حتى إذا انقرض ذؤو النسب قُسمت على الموالى المعقنين ثم على عصباتهم الأقرب فالأقرب كالميراث .

أما إن قلنا : إن الآباء والأبناء من العاقلة وجب البدء بهم في الإسهام في العقل ؛ لأنهم أقرب العصبات للقاتل ، وإذا اتسعت أموال الأقربين للعقل فلا ينبغي تجاوزهم إلى الذين يقدّمهم من الأقربين ؛ لأن العقل إنما يُستحقّ بالمعصية ؛ فيقدّم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح ⁽¹⁾ .

قول الحنفية في العاقلة

ذهبت الحنفية إلى أن عاقلة المسلم الحرّ هم أهل ديوانه ، إن كان من أهل الديوان ، والديوان - بالكسر - هو : مجتمع الصحف أو هو الكتاب يُكتب فيه أهل الجيش وأهل العطايا ، وأول من وضعه عمر ، وجعلته : دواوين ⁽²⁾ ، أو هو الجريدة ، من ذؤن الكتب : إذا جمعها ؛ لأنه قطع من القراطيس مجموعة ، وإن كان القاتل من أهل الديوان فإنه يؤخذ من عطائاه في ثلاث سنوات ، والعطاء ما يُخرج للجندي من بيت المال مرة في كل شهر وقيل : مرة أو مرتين في السنة ، وقيل غير ذلك .

وعلى هذا فإن أهل الديوان هم أهل الرايات ، وهم الجيش الذين تُكتب أسماءهم وأرزاقهم في الديوان .

وقالت الحنفية : إن عاقلة الرجل كانت في الابتداء أهل عشيرته وأهل نسبه ، فلما ذؤن عمر الدواوين فوّض ذلك على أهل الديوان وهم أهل الرايات ، وهم الجيش الذين كُتبت أسماءهم وأرزاقهم في الديوان ، فمن كان من أهل الديوان فتقلّه عليهم إذا جنى ، ومن لم يكن من أهل ذلك - كما لو كان من أهل البادية - فتقلّه على أقرب القبائل نسباً ، وإن لم يكن فقد اختلفوا فيه في المذهب ، فقد ذهب بعضهم إلى وجوبه في مال الجاني ، وقال بعضهم : يجب العقل على أهل حرفة القاتل ، وقال بعضهم : يجب على جيرانه ، وقيل غير ذلك ⁽³⁾ .

(1) المغني (ج 7 ص 787) وبنية المجتهد (ج 2 ص 378) .

(2) مختار الصحاح (ص 216) والقاموس المحيظ (ج 4 ص 226) .

(3) البنية (ج 10 ص 374 ، 375) والبدائع (ج 7 ص 255 ، 256) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 399) .

واستدلوا على مشروعية الديوان وأنه العاقلة بالإجماع ، وذلك أن عمر (رضي الله عنه) لما دُون الدواوين جعلَ العقلَ على أهل الديوان وكان ذلك بحضور من الصحابة من غير نكير فكان إجماعاً (1) .

ونفت الحنفية أئمة مخالفة منهم لما قضى به الرسول ﷺ من جعل الدية على العاقلة من النسب ، وقالوا : إن عمر (رضي الله عنه) فعل ذلك بحضور من الصحابة ، ولا تُظن مخالفة من عموم الصحابة (رضوان الله عليهم) لما قضى به رسول الله ﷺ ، بل إن ذلك منهم قد دلَّ على أنهم فهموا أن فعله ﷺ كان معلولاً بالنصرة ، فإذا صارت النصرة في زمانهم عن طريق الديوان فقد نقلوا العقلَ إلى الديوان .

فليس إذن ثمة مخالفة ؛ ذلك أنَّ حقلَ القبيلة للعقل كان من أجل النصرة والتعاون ، لكن بعد أن وُضع الديوان صار التناضرُ به فصار بذلك عاقلة الرجل أهل ديوانه ، وعلى هذا فلا تؤخذ الدية من النساء والصبيان والمجانين والرقيق ؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة ؛ لضعفهم ، ولأنهم ليسوا من أهل التبرع بالإعانة ، أما إذا لم يكن للرجل ديوانٌ فعاقلته هي قبيلته من النسب ؛ لأن الاستنصارَ يكون بهم (2) .

شروط وجوب العقل

يشترط لوجوب العقل أن تتحقق جملة شروط في العاقلة وهي :

أولاً : العقل .

فإن المجنون غير مطالب بالمشاركة في العقل ؛ لأنه ليس من أهل النصرة ولا التبرع بالقول ، وهو ليس من العاقلة التي يُنَاط بها حملُ الدية عن الجاني ، وهو ما لا خلاف فيه .

ثانياً : البلوغ .

فإن الصبي غير مطالب كذلك بالمشاركة في العقل ؛ لأنه ليس من أهل النصرة فلا يُعَدُّ بذلك من العاقلة (3) .

(1) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 395) .

(2) البدائع (ج 7 ص 256) والبيان (ج 10 ص 376 ، 377) .

(3) المفتي (ج 7 ص 791) والبدائع (ج 7 ص 256) وحاشيتا القليوبي وعصيرة (ج 4 ص 157) .

ثالثاً : القدرة المالية .

فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أن الفقير لا يلزمه شيء من العقل ، وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ، ووجه هذا القول : أن تحمل العقل مبنًى على المواساة والنصرة ، ولا يلزم الفقير ذلك لعدم اقتداره عليه ، كالزكاة لا يلتزم بأدائها الفقير ؛ لذا لا يجب عليه العقل ، وذلك فضلاً عن القول بأن إيجاب العقل على الفقير فيه ما يُثقل عليه ويُكَلِّفه ما لا يُطيق ، وقد أجمع العلماء على أن العاقلة لا ينبغي أن تُكَلَّف من المال بما يشق عليها ، والمراد بالفقير هنا مَنْ لا يملك ما يُفَضَّل عن كفايته على الدوام لا مَنْ لا يملك شيئاً أصلاً⁽¹⁾ .

رابعاً : المذكورة .

فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن العقل لا يجب على المرأة ؛ لأنها ليست من أهل النصرة ولا التبوع بالإعانة ، قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يُفْقِلان مع العاقلة ، وأجمعوا على أنَّ الفقير لا يلزمه شيء ، وقد ذهب إلى ذلك جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ .

قال الإمام الشافعي في هذا : ولم أعلم مخالفاً في أن المرأة والصبي إذا كانا مؤسرين لا يحملان من العقل شيئاً ، وكذلك المعتوه عندي ، والله أعلم ، ولا يحمل العقل إلا حُرٌّ بالغٌ ، ولا يحملها من البالغين فقيرٌ⁽³⁾ .

خامساً : الحرية .

فإنه ليس من العاقلة من كان رقيقاً أو مكاتباً ؛ لأنه لا يملك له وهو ليس من أهل المواساة ، وكذلك لا يعقل من كان عتيقاً في الأظهر ؛ لأنه لا يرث ، وقيل : يُغْفَل ، لأن العقل نصرة والعتيق أولى بنصرة معتقه .

وقد بينا سابقاً أن العصبية من النسب هم العاقلة الأقرب فالأقرب ، فإن لم يكن عصباً من النسب عُقِلَ عن القاتل مواليه - وهم المعتقون - بالكسر - وعصبائهم الأقرب فالأقرب ، وعلى هذا إذا كان القاتل معتقاً (بالفتح) عُقِلَ عنه مولاة وهو معتقه

(1) المغني (ج 7 ص 788 ، 790) والبدائع (ج 7 ص 256) والأم (ج 6 ص 116) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) .

(2) المغني (ج 7 ص 790) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 157) والأم (ج 6 ص 116) والبدائع

(ج 7 ص 256) . (3) الأم (ج 6 ص 116) .

- بالكسر - ، وقبيلة مولاة ⁽¹⁾ ، وذلك للحديث « مولى القوم من أنفسهم » ⁽²⁾ .

قال الشافعي في هذا الشأن : ولا تعقل الموالي من أعلى وهم المعتقون عن رجل من الموالي ، وللمعتقين (بالفتح) قرابة تحتمل العقل ، وإن كانت له قرابة تحتمل بعض العقل عَقَلَتِ القرابة ، وإذا نَقَدَ ، عَقَلَ الموالي المعتقون (بالكسر) ، فإن عجزوا هم وعواقلهم عَقَلَ ما بقي جماعة المسلمين ، وكذلك لا يعقل الموالي المعتقون عن المولى المعتق (بالفتح) وللمولى المعتق قرابة تحتمل العقل ، فإن كانت له قرابة تحتمل بعض العقل يُدْئِي بهم ، فإن عجزوا عَقَلَ عنه مولاة الذي أعتقه ، ثم أقرب الناس إليه ، كما يعقلون عن مولاة الذي أعتقه لو بَنَى ⁽³⁾ .

أما مولى الموالاة - وهو الذي يوالي رجلاً فيجعل له ولاءه ونصرته ⁽⁴⁾ - فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن مولى الموالاة لا يَغْفِلُ ، وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة ، ووجه قولهم : أن العَقْلَ إنما يتعلق بالعصبة ولا يُسْتَحَقُّ بالموالاة ، وذلك كولاية النكاح لا تنبغي لغير العصبة ⁽⁵⁾ .

وذهبت الحنفية إلى أن مولى الموالاة عاقلته مولاة وقبيلة مولاة ، وحجتهم في ذلك الخبر « مولى القوم من أنفسهم » فقد قال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر : من أسلم على يد رجلي ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له غَيْرُهُ فميراثه له ، والعقل من مقتضيات الميراث ⁽⁶⁾ ، واحتجوا كذلك بما رُوِيَ عن سعيد بن المسيب قال : من أسلم على يدي قوم صَمِيحُوا جرائره وحلّ لهم ميراثه ⁽⁷⁾ .

وكذا الحليف ، وهو الرجل يحلف لصاحبه على أن يُبَايِعَهُ ، وأن لا يُغْلِبَ به ، وهو من التحالف : أي التعاهد على التناصر والصدقة ⁽⁸⁾ ، وهو لا يعقل ؛ لأنه لا يُتَدُّ من العاقلة ، وذلك لتعلق العقل بالعصبة وليس بالتحالف ، وهو قول الشافعية والحنابلة ⁽⁹⁾ ، ويخالفهم في ذلك الحنفية ؛ إذ قالوا : إن الحليف يعقل ؛ لأن الحلفَ عندهم ولاءٌ

(1) المغني (ج 7 ص 785-787) والبدائع (ج 7 ص 256) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 154-157) .

(2) رَوَاهُ البخاري (49 / 12) برقم (6761) ، وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 658) .

(3) الأم (ج 6 ص 116) .

(4) المغني (ج 7 ص 286) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 146) .

(5) المغني (ج 7 ص 486) والمهذب (ج 2 ص 212) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) .

(6) ، (7) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 146) .

(8) المغني (ج 7 ص 786) والقاموس المحيط (ج 3 ص 133) .

(9) المغني (ج 7 ص 786) والأم (ج 6 ص 116) .

الموالة - وهو العهد بين القوم أو التحالف على التناصر - وهو جائز ، وعلى هذا إن كان نصرته القاتل بالحلف فعاقلته أهل الحلف (1) .

وكذا العديد ، وهو الذي لا عشيرة له فيضّم نفسه إلى عشيرة أخرى فيضّد نفسه منهم طالباً العون والنصرة ، وهو عند الحنفية جائز ويعقل عنه ، خلافاً للشافعية والحنابلة ؛ فإنه لا يعقل عنه كما بيناه في الحليف (2) .

التكليف بما لا يُخيف

اتفقت كلمة العلماء على أن العاقلة لا ينبغي الإجحاف بها بتكليفها من المال ما يشقّ عليها ؛ لأن العقل قد لزمها من غير جناية منها ، وذلك على سبيل المواساة والتخفيف عن القاتل ، فلا ينبغي التخفيف عن القاتل بما يشقّ على العاقلة أو يُججّف بها ، وذلك كالزكاة تتحقق بها مصلحة الفقير بما لا يرهق الغني أو يشقّ عليه (3) .

أما ما يحمله كل واحد في العاقلة فهو موضع خلاف بين العلماء ، نعرض له في هذا التفصيل :

فقد ذهب الحنفية إلى أن كل واحد من العاقلة لا يؤخذ منه إلا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يُراد على ذلك ، ووجه ذلك : أن الأخذ من العاقلة مبنّي على الصلة والتبرع على سبيل التخفيف عن القاتل فلا يجوز التغلّظ على العاقلة بالزيادة ، وإن كثرت العاقلة جاز نقصان المقدار المذكور ، أما إن قلت العاقلة حتى أصاب الرجل فيهم أكثر من المبلغ المذكور فإنه يضم إلى العاقلة أقرب القبائل إليهم من النسب ، سواء كانوا من أهل الديوان أو لم يكونوا . أما القاتل فإنه يشارك العاقلة في حمل العقل ويكون فيما يؤديه كواحد منهم فهو أولى بالتحمل ؛ لأن الجناية وُجدت منه (4) .

وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن العاقلة يحملون على قدر ما يُطبقون ؛ لأن ذلك يتقدر شرعاً ، وإنما يُرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيقرض على كل واحد من العاقلة قدرًا ميسورًا من المال يمكن احتماله من غير مشقة ولا تعسير ، وذلك على حسب حاله فيؤدّي كل

(1) البناية (ج 10 ص 377) .

(2) المغني (ج 7 ص 786) والألم (ج 6 ص 116) والبناية (ج 10 ص 377) .

(3) المغني (ج 7 ص 788) والألم (ج 6 ص 116) والبناية (ج 10 ص 383 ، 384) والبدائع (ج 7 ص 256) .

(4) البدائع (ج 7 ص 256) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 410) .

واحد منهم ما لا يضر به ، ويبدأ بالأقرب فالأقرب ، ووجه قولهم : أن التقدير إنما يتبيّن بتوقيف ، ولا نص في ذلك فينبغي الرجوع في المسألة إلى اجتهاد الحاكم ⁽¹⁾ .

أما الشافعية فقالوا : يؤخذ من الغني نصف دينار ، ومن كان دون الغني يؤخذ منه ربع دينار ولا يُزاد على هذا ولا يُتقص عنه ، وهو رواية عن أحمد ، ووجه قولهم : أن النصف دينار من الغني هو أقل قدر يؤخذ من الغني في زكاة الذهب ، فإن زكاته نصف مثقال من عشرين مثقالاً وهي النصاب ، ويُقصد بالنصف مواساة الفقير ؛ فيقدر ما يؤخذ من الغني في الدية بذلك ؛ لأنه في معناه .

أما الربع دينار من المتوسط فلأنه ليس في حدّ التافه ، ويدل على عدم تفاهته أن تُقطع فيه يد السارق ، أما ما كان دون ربع دينار فلا تُقطع فيه اليد لتفاهته فلا يؤخذ ⁽²⁾ .

طول الدية

لا خلاف بين العلماء في وجوب الدية حالة في مال الجاني دون تأجيل إن كان القتل عمداً ، أما إن كان القتل خطأ أو شبه عمداً فتجب الدية في مال العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلث الدية ؛ وذلك على سبيل التخفيف عن العاقلة وعدم الإجحاف بها ⁽³⁾ .

قال الإمام الشافعي في هذا الشأن : القتل ثلاثة وجوه : عمد محض ، وعمد خطأ ، وخطأ محض . فأما الخطأ فلا اختلاف بين أحد علمته في أن رسول الله ﷺ قضى فيه بالدية في ثلاث سنين ، وذلك في مُضي ثلاث سنين من يوم مات القتيل ، فإذا مات القتيل ومضت سنة حلّ ثلث الدية ، ثم إذا مضت سنة ثانية حلّ الثلث الثاني ، ثم إذا مضت سنة ثالثة حلّ الثلث الثالث ، فأما العمد إذا قُبِلَتْ فيه الدية وغُفِيَ عن القتل فالدية كلها حالة في مال القاتل ، وكذلك العمد الذي لا قود فيه مثل أن يقتل الرجل ابنه المسلم أو غير المسلم عمداً ، وهكذا صنع عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في ابن قتادة المدلحي أخذ منه الدية في مقام واحد ، والدية في العمد في مال الجاني ، وفي الخطأ المحض والخطأ العمد على العاقلة في مُضي ثلاث سنين ⁽⁴⁾ .

(1) المنبي (ج 7 ص 789) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) .

(2) المهذب (ج 7 ص 213) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 157) .

(3) البدائع (ج 7 ص 256) وبداية المجتهد (ج 2 ص 378) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 156)

والأم (ج 6 ص 112) والأنوار للأردبيلي (ج 2 ص 445) .

(4) الأم (ج 6 ص 112) .

جهات العاقلة

يُتَبَيَّنُ أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ الدِّيَّةَ عَنِ الْجَانِي فِي الْقَتْلِ الْخَطَأِ وَشِبْهِ الْعَمْدِ وَلَا تَتَحَمَّلُهَا فِي الْعَمْدِ الْخَطِئِ بَلْ هِيَ فِي مَالِ الْجَانِي نَفْسُهُ ، وَالْعَاقِلَةُ فِي تَحْمِيلِ الدِّيَّةِ تَأْتِي عَلَى ثَلَاثِ جِهَاتٍ :

الجهة الأولى : القرابة ، ويُراد بهم العصباء ، وهم الأقارب الذكور باستثناء الأصول والفروع ، وبذلك يتحمل الدية حواشي النسب وهم الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم ، وقيل : يتحملها سائر العصباء ، سواء فيهم حاشية النسب (الإخوة والأعمام وبنوهم) وكذا الأصول والفروع ، على الخلاف في ذلك ، ويُقَدَّمُ فِيهِمُ الْأَقْرَبُ بِالْأَقْرَبِ .

الجهة الثانية : الولاء ، ويُراد به الموالي وهم المقينون (بالكسر) ، فإذا لم يكن للقاتل عصباء بالنسب ، أو كان له لكنهم لم يَقُوا الدية لقتلهم أو عجزهم وكان الجاني عتيقاً تحمّل عنه المقينون ، فإن لم يكن له معتقون أو لم يَقُوا الدية أو فَضَّلَ مِنْهَا شَيْئاً حَمَلَهَا عصباء المعتقين من النسب ، وإن لم يكن أو فَضَّلَ شَيْئاً فَمُعْتِقُ الْمُعْتِقِ ثُمَّ عصبائه .

الجهة الثالثة : بيت المال ، وذلك إذا لم يكن للقاتل عصباء بالنسب ولا بالولاء ، أو كان له عصباء معسرون ، أو فَضَّلَ مِنَ الْوَاجِبِ شَيْئاً ؛ عَقَلَ عَنْهُ بَيْتُ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ يَرِثُونَ الْجَانِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ ، أَيْ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ؛ فَكَذَلِكَ يَعْقِلُونَهُ إِذَا جَنَى ، وَإِنْ وُجِدَ لَهُ مِنْ يَحْمِلُ بِغَضِّ الْعَقْلِ كَانَ الْبَاقِي فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِيَّةِ وَفِيهِمُ الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ وَالْمَالِكِيَّةُ (1) .

أما الخنفيه فقالوا : إِنَّ عَاقِلَةَ الْقَاتِلِ هُمُ أَهْلُ دِيَوَانِهِ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ دِيْوَانٌ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ اسْتِنصَارَهُ يَكُونُ بِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبِيلَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَعَاقِلَتُهُ مَوَالِيهِ وَهُمْ الْمُعْتِقُونَ (بالكسر) ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ مِنَ النَّسَبِ وَلَا الْوَلَاءِ فَعَاقِلَتُهُ بَيْتُ الْمَالِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ، وَوَجْهُ ذَلِكَ : أَنَّ الْوَجُوبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِمَكَانِ الْتَوَاصُرِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَإِنَّ اسْتِنصَارَهُ بِعَامَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَبَيْتُ الْمَالِ لَهُمْ فَكَانَ ذَلِكَ عَاقِلَتَهُ ، وَرَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ نَجَبَ الدِّيَّةَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ لَا فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَوَجْهُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ : أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْوَجُوبُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ لَوْجُودِ الْجَنَايَةِ مِنْهُ ، لَكِنْ الدِّيَّةُ أُخِذَتْ مِنْ

(1) حاشية الأنوار للأردبيلي ومعه حاشية الكمفري وحاشية الحاج إبراهيم والمغني (ج 7 ص 788) وأسهل المداويك (ج 3 ص 129) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 320) .

العاقلة بطريق التحمل ، فإذا لم يكن للقاتل عاقلة رُدَّ الأمرُ عندئذٍ إلى حكم الأصل ⁽¹⁾ .

ما لا تحمله العاقلة

لا تحمل العاقلة الدية في خمس حالات ، نعرض لها في هذا البيان :

الحالة الأولى : ما لو كان القاتل عبداً ، فإن العاقلة لا تحمل العبد ، فإذا قُتل أحد عبداً وجبَّت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته ، وذلك الذي عليه عامة أهل العلم ، وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية وأهل الظاهر ، وهو قول ابن عباس والشمسي والثوري ومكحول والنخعي والليث وابن أبي ليلى وإسحق وأبي ثور ⁽²⁾ . واستدلوا على ذلك بما أخرجه البيهقي عن ابن عباس موقوفاً « لا تَقِيلُ العاقلة عبداً ، ولا ضُلْحاً ، ولا اعتراقاً ، ولا ما بَجَى المملوكُ » ⁽³⁾ .

وأخرج البيهقي عن عمر (رضي الله عنه) قال : « العمدُ والعبدُ والصِّلُحُ والاعترافُ لا تَقِيلُ العاقلة » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك عن ابن شهاب قال : « مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن تُعينه العاقلة » ⁽⁵⁾ .

وثمة قولٌ بأن العاقلة تتحمل دية العبد ؛ لأن قتلَه جنايةٌ حرَّ على نفس مُحَرَّمَةٌ فوجب حمله من قِبلِ العاقلة كالحرِّ ، وهو قولُ عطاء والزهري والشافعي في أحد قوليه ⁽⁶⁾ .

الحالة الثانية : القتلُ العمدُ ، فإن العاقلة لا تُحمِلُ عن الجاني في القتل العمد ؛ لأنه ليس أهلاً للمواساة أو التخفيف فوجبت الدية في ماله إذا عفا عنه الوليُّ إلى الدية ، وهو ما لا خلاف فيه ، سواء في ذلك ما لو كان القاتلُ مما يجب فيه القصاصُ أو لا يجب كالأب في قتلِ ابنه ⁽⁷⁾ ودليلُهم في ذلك الحديثُ المرفوع عن ابن عباس : « لا تحمل

(1) البدائع (ج 7 ص 256) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 402 - 404) .

(2) المغني (ج 7 ص 775) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 290) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) وحاشية الشرقاوي وبهامشه تحفة الطلاب للأتصاري (ج 2 ص 374) والبنية (ج 10 ص 397) والحلي (ج 11 ص 50) .

(3) (4 ، 3) البيهقي (ج 8 ص 104) .

(5) البيهقي (ج 8 ص 105) . (6) المغني (ج 7 ص 775) والأم (ج 6 ص 117) .

(7) المغني (ج 7 ص 775) وأسهل للمدارك (ج 3 ص 129) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 320) والحلي (ج 11 ص 50) والبنية (ج 10 ص 395) .

العاقلة عمداً ولا عبداً ولا اعترافاً ولا صلحاً ولا ما دون الثلاث ⁽¹⁾ .

أما العمد من الصبي والمجنون فإنه خطأً تحمله العاقلة ، وهو قول أكثر أهل العلم ؛ لأن الصبي قاصر العقل وكذا المجنون ، والعمد مبني على القصد وهذا غير معتبر من الصبي أو المجنون . وعلى هذا فإن العاقلة لكل من الصبي والمجنون تعقل عنهما في العمد في ثلاث سنين كما بينا .

وثمة قول للإمام الشافعي وهو أن العاقلة لا تعقل الصبي والمعتوه إذا تجنبا ، لأن النبي ﷺ إنما قضى أن تحمل العاقلة الخطأ في ثلاث سنين ولا تعقل العاقلة جناية عمداً بحال ⁽²⁾ .

الحالة الثالثة : الصلح : وهو أن يذبح القتل أحد على متهم فينكره ثم يتصلح المدعي والمدعى عليه على مال . وهذا لا تحمله العاقلة ؛ لأنه مأل ثبت بمصالحة الجاني واختياره فهو بذلك اعتراف بالقتل بل بعقد الصلح ، وهو إقرار بالقتل ، والإقرار حجة في حق الجاني وليس في حق غيره .

ومن جهة ثانية فإن العاقلة لو حملت مال الصلح لكان ذلك يعني أن يتصلح الجاني بمال غيره فيوجب على غيره حقاً بقوله ، وهو الذي عليه عامة العلماء ⁽³⁾ .

ويستدل على ذلك من السنة بالخبر المرفوع : « لا تعقل العاقلة عمداً ، ولا صلحاً ، ولا اعترافاً ، ولا ما دون الثلاث » ⁽⁴⁾ .

الحالة الرابعة : الاعتراف : وهو إقرار الجاني على نفسه بالقتل الخطأ أو شبه العمد ؛ فإن اعترف أو أقرو بذلك وجبت الدية في ماله ولا تحملها العاقلة ، وهو ما لا خلاف فيه ، ويستدل على ذلك بحديث ابن عباس السابق ، ويستدل كذلك بالنظر ، وهو لو وجب العقول على العاقلة بإقرار الجاني لأدى ذلك إلى قبول إقرار غيرهم عليهم ، وإقرار الشخص على غيره لا يجوز ، بل إن الإقرار يلزم المقر وحده .

ومن جهة أخرى : فإن المتعرف بالجناية أو المقر بها متهم في مواطاة من يقر له بذلك ؛

(1) رواه البيهقي في سننه (8 / 104) وانظر نيل الأوطار (ج 7 ص 89) .

(2) الأم (ج 6 ص 118) والأنوار (ج 2 ص 447) وبداية المجتهد (ج 2 ص 177) .

(3) البدائع (ج 7 ص 255) والمغني (ج 7 ص 776) والأنوار (ج 2 ص 448) وأسهل المدارك (ج 1 ص 129) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 407) والهملي (ج 11 ص 50) .

(4) سبق تخريجه قريباً . وانظر نيل الأوطار (ج 7 ص 89) .

ليأخذ الدية من عاقلته فيقتسمها وإياه ، وعلى هذا فإن الجاني المعترف بجنايته يلزمه ما اعترف به ، وتجب في ماله الدية مؤجلة إلى ثلاث سنوات ، وهو قول أكثر العلماء خلافاً للحنابلة القائلين بوجوبها في مال المعترف حالة دون تأجيل (1) .

الحالة الخامسة : ما كان دون الثلث : وهو قول الحنابلة والمالكية ، وقال به سعيد بن المسيب وإسحق والزهري ، وعلى هذا فإن العاقلة تحمل ما بلغ الثلث فصاعداً ، وذلك على سبيل المواساة والتخفيف عن الجاني ؛ لأن الثلث وما فوقه كثيرٌ يُجْحَفُ به ، فقد جاء في الخبر : « والثُلُثُ كَثِيرٌ » (2) وحجتهم في ذلك الحديث المرفوع : « لَا تَغْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَثْدًا ، وَلَا صَلْحًا ، وَلَا اعْتِرَافًا ، وَلَا مَا دُونَ الثُّلُثِ » (3) .

أما الحنفية فقالوا : تتحمل العاقلة نصفَ عُشْرِ الدية فصاعداً ، أما ما كان دون نصفِ عُشْرِ الدية فلا تحمله العاقلة ؛ وذلك لحديث ابن عباس الموقوف عليه والمرفوع إلى رسول الله ﷺ : « لَا تَغْقِلُ الْعَاقِلُ عَثْدًا ، وَلَا عَثْدًا ، وَلَا صَلْحًا ، وَلَا أَرْضَ الْمُؤْصَحَةِ » وأَرْضُ الْمُؤْصَحَةِ نصفُ عُشْرِ بدلي النفس .

واستدلوا بالنظر فقالوا : إن التحمل يُراد به التحرُّزُّ عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير ، فما كان دون نصف العشر فهو قليلٌ وهو في مال الجاني (4) . أما الشافعية ، فإن الظاهر من مذهبهم وجوبُ الدية في مال العاقلة ، سواء كانت الدية قليلةً أو كثيرةً (5) .

يُضَافُ إلى ذلك ما لو كان الجاني مرتدًا ، فإن العاقلة لا تحمل عنه الدية ؛ لأن العقل مبنٍ على النصرة والمواساة ولا ينبغي ذلك للمرتد .

وكذلك الانتقال من كفر إلى كفر ؛ لأن ذلك في معنى الردة من حيث أنه لا يقبل من المنتقل سوى الإسلام فلا تنبغي له النصرة أو المواساة (6) .

(1) المغني (ج 7 ص 776 ، 777) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 374) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 320) والبنية (ج 10 ص 397) والأنوار (ج 2 ص 448) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 407) والمحلى (ج 11 ص 50) .

(2) المغني (ج 7 ص 777 ، 778) وأسهل المدارك (ج 3 ص 129) .

(3) انظر نيل الأوطار (ج 7 ص 89) وانظر البيهقي (ج 8 ص 108 ، 109) .

(4) شرح فتح القدير (ج 10 ص 406) وسنن البيهقي (ج 8 ص 109) .

(5) الأم (ج 6 ص 118) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 374) والأنوار (ج 2 ص 448) .

(6) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 374) .

دية الذمي

الذمي : هو اليهودي أو النصراني الذي يَدْخُلُ في عهد المسلمين وأمانهم ، ودية الذمي - يقتله مسلم - موضع خلاف بين العلماء ، نعرض له في هذا التفصيل :

فقد ذهبت الحنفية إلى أن دية الذمي مساوية لدية المسلم ، ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها ، وهو قول الثوري ، وهو مروى عن عبد الله بن مسعود وعمر وعثمان ، وبه قال جماعة من التابعين (1) .

واستدلوا على ذلك بكل من المأثور والنظر ، أما المأثور فممنه ما أخرجه البيهقي عن ابن عباس قال : « وَدَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلَيْنِ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ، وَكَانَا مِنْهُ فِي عَهْدِ دِيَةِ الْحُرِّينِ الْمُسْلِمِينَ » (2) .

وأخرج البيهقي عن الزهري قال : « كَانَتْ دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ - فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ - مِثْلَ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، وَأَيُّ بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) ، فَلَمَّا كَانَ مَعَاوِيَةُ أُعْطِيَ أَهْلُ الْمَقْتُولِ النِّصْفَ وَأُلْقِيَ النِّصْفُ فِي بَيْتِ الْمَالِ » (3) .

وأخرج البيهقي أن أنس بن مالك كان يحدث أن يهودياً قُتِلَ غِيْلَةً فَقَضِيَ فِيهِ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِائِثِي عَشْرِ أَلْفِ دِرْهَمٍ (4) .

وأخرج البيهقي كذلك عن عبد الله بن مسعود (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) قال : « مَنْ كَانَ لَهُ عَهْدٌ أَوْ ذِيَّةٌ فِدْيَتُهُ دِيَةُ الْمُسْلِمِ » وقال : هذا منقطع وموقوف (5) .

وذهبت المالكية إلى أن دية الذمي على النصف من دية المسلم ، وكذا نساؤهم على النصف من دية نساء المسلمين ، وكذلك ديات الجراحات ، وهو قول عمر بن عبد العزيز (6) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « دِيَةُ الْمَعَاهِدِ نِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ » (7) .

وأخرج النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ :

- (1) شرح فتح القدير (ج 10 ص 278) وبداية المجتهد (ج 2 ص 378 ، 379) .
 (2) (3) البيهقي (ج 8 ص 102) .
 (4) البيهقي (ج 8 ص 100) .
 (5) البيهقي (ج 8 ص 103) .
 (6) بداية المجتهد (ج 2 ص 378) وأسهل المدارك (ج 3 ص 132) .
 (7) أبو داود (ج 4 ص 194) .

« عَقْلُ أَهْلِ الذِّمَّةِ نَصْفُ عَقْلِ الْمُسْلِمِينَ ، وَهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى » (1) .

وأخرج النسائي أيضًا عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « عَقْلُ الْكَافِرِ نَصْفُ عَقْلِ الْمُؤْمِنِ » (2) .

وذهب الشافعية إلى أن دية اليهودي أو النصراني ثلث دية المسلم ، وحجتهم في ذلك ما أخرجه البيهقي عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف ، وفي دية المجوسي بشماتة درهم (3) .

وعلى هذا فإن دية الذمي ثلث المسلم ، لأن دية المسلم تُقَوَّمُ بِاثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وكذلك أخرج البيهقي عن سعيد بن المسيب أنه شغل عن دية المعاهد فقال : قضى فيه عثمان بن عفان (رضي الله عنه) بأربعة آلاف (4) .

أما المجوسي فدينه خُمُسُ دية اليهودي والنصراني ، ووجه ذلك أن اليهودي أو النصراني له خُمُسُ مزايا ، وهي أن له كتابًا ودينًا - كان حقًا - وأن ذبيحته تُؤْكَلُ ، وأن مناصحته تُحِلُّ ، وأنه يُقَرَّبُ بِالْجُزْئِ ، لكن المجوسي ليس له من هذه المزايا الخُمُسُ سوى مزية واحدة وهي الأخيرة ، فكانت دينه بذلك خُمُسُ دية الذمي ، وإذا قتل الذمي ذميًا حملته عنه عاقلة القاتل (5) .

وذهب الشيعة الإمامية إلى أن دية الذمي ثمانمائة درهم (6) .

أما الظاهرية فقد ذهبوا إلى أنه لا دية في قتل الذمي ، سواء كان قتلُه خطأ أو عمدًا ، وعلى هذا فإنه لا كفارة في قتله ، ولا قَوْدٌ إن كان قتلُه عمدًا لكن يُؤَدَّبُ ويُشَجَّنُ حتى يتوب ، قال ابن حزم في هذا الشأن : وإن قتل مسلمٌ عاقلًا بالغَ ذِمِّيًّا أو مستأنسًا عمدًا أو خطأ فلا قَوْدٌ عليه ولا دية ولا كفارة ، ولكن يُؤَدَّبُ في العمد خاصة ويسجن حتى يتوب ، كما لضرره (7) ، واستدلوا على ذلك بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤَمَّرَةٌ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَيْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ (8) فإن

(1 ، 2) النسائي (ج 8 ص 45) .

(3 ، 4) البيهقي (ج 8 ص 100) .

(5) الأنوار (ج 2 ص 408) والألم (ج 6 ص 105 ، 106) .

(6) شرائع الإسلام للمحلي (ج 2 ص 290) .

(7) المحلى (ج 10 ص 347) .

(8) سورة النساء الآية (92) .

ذلك في المؤمن يمين ولا ذِكْر في هذه الآية لدمي أو مستأمن .

دية المرأة

ذهب عامة أهل العلم إلى أن دية الحُرَّة المسلمة نصف دية الحر المسلم ، قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ⁽¹⁾ ، وقال الإمام الشافعي في ذلك : لم أعلم مخالفاً من أهل العلم قديماً ولا حديثاً في أن دية المرأة نصف دية الرجل ، وذلك خمسون من الإبل ، فإذا قُضي في المرأة بدية فهي خمسون من الإبل ، وإذا قُتِلت عمداً فاختار أهلها ديتها فديتها خمسون من الإبل أسنانها أسنان دية عمد ، وسواء قتلها رجلٌ أو نفرٌ أو امرأة لا يُراد في ديتها على خمسين من الإبل ⁽²⁾ .

ويُستدل على ذلك من السنة بما أخرجه البيهقي عن معاذ بن جبل قال : قال رسول الله ﷺ : « دية المرأة على النصف من دية الرجل » ⁽³⁾ .

ومما يُستدل به من النظر في هذه المسألة أنه يُراعى مبلغ التأثير والإضرار الذي يجيق بالأسرة عقيب موت كلٍّ من الرجل أو المرأة ، فلا يجزى أن يكون ذلك أكبر في وفاة الرجل ؛ لأنه يُنطاط به الإنفاق على الأسرة بما فيها من زوجة وأولاد وأبوين وغيرهم ، لكن للمرأة لا يُنطاط بها شيء من تكليف ولا يلزمها أي مقدار من مقادير النفقة مهما قُلت .

إذا ثبت هذا أثبتنا أن موت الرجل أبلغ في التأثير على الأسرة من حيث رعيها والإنفاق عليها والاضطلاع بوظيفة الكسب والارتزاق لها ، ولعل ذلك مدعاة هامة لكون الدية في قتل المرأة على النصف من دية الرجل بما يحقق للورثة قدرًا أكبر من المال إذا ما دَهِم داهم الموت راعي الأسرة ورأسها .

ولا ينبغي أن يُساق مثل هذا التشريع في الدية للتدليل - في عمد وسوء قصدي - على المحاباة أو المفاضلة بين الرجل والمرأة ، ولو كان ذلك معتبراً لما فرضت الشريعة القصاص على الرجل إذا قتل امرأة عمداً .

(1) المغني (ج 7 ص 797) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 277) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 368)
وشرائع الإسلام للمحلي (ج 2 ص 290) والأم (ج 6 ص 106) ونبذة المجتهد (ج 2 ص 378) .

(2) البيهقي (ج 8 ص 95) .

(3) الأم (ج 6 ص 106) .

دية الجنين

إذا ضرب واحد امرأة فألقت ما في بطنها حيًّا ثم مات وجبَّ فيه الدية كاملة ، سواء في ذلك الذكر والأنثى ، أما إذا ألقت ميتًا ففيه غُرَّةٌ ، فإن لم تُلْقِه وماتت وهو في بطنها لم يخرج فلا شيء فيه ، وذلك كله قد أجمع عليه العلماء .

وثمة رواية عن الليث بن سعد قال : إذا ماتت المرأة من ضَرْب بطنها ثم خَرَج الجنين ميتًا بعد موتها ففيه الغرة ، سواء رمته قَبْل موتها أو بعد موتها ، والصحيح أن المعتبر في ذلك حياة الأم في وقت ضربها فقط ، فإذا خرج الجنين ميتًا من بطنها بعد موتها فلا شيء فيه ، أما لو خرج وهي حية فالحكم فيه كما بيناه آنفًا وهو الغرة إذا خرج ميتًا ، والدية كاملة إذا خرج حيًّا ، وهو ما لا خلاف فيه (1) .

وفي وجوب الغرة بقتل الجنين أخرج مسلم عن أبي هريرة أنه قال : « قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتًا بغرة : عتيد أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة تُوَفِّت قرضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبيتها » (2) .

وفي رواية أخرى لمسلم عن أبي هريرة قال : « اقتلت امرأتان من هذيل فرمَتْ إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غُرَّة : عبد أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » (3) .

وأخرج مسلم كذلك عن المغيرة بن شعبه أن امرأة قتلت ضَرْبَتْها بعمود فسقطت فأُتِيَ فيه رسول الله ﷺ فقضى على عاقلتها بالدية وكانت حاملاً فقضى في الجنين بغرة . فقال بعض عصبيتها : أتدي من لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ؟ ومثل ذلك يُطل ؟ قال : فقال : « سَجْع كسَجْع الأعراب ؟ » (4) .

وأخرج مسلم أيضا عن المسور بن مخرمة قال : استشار عمر بن الخطاب الناس في إملاص المرأة (5) ، فقال المغيرة بن شعبه : شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة : عبد أو أمة ،

(1) تفسير القرطبي (ج 5 ص 321) والمغني (ج 7 ص 801 ، 802) والأم (ج 6 ص 109) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 373) وبداية المجتهد (ج 2 ص 379 ، 380) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 304) .

(2 ، 3) مسلم (ج 5 ص 110) . (4) مسلم (ج 5 ص 111) .

(5) إملاص : إلقاء الولد ميتًا ، وأملاصت المرأة : إذا ألقت ولدها ميتًا فهي تُمْلِص ، انظر القاموس المحيط (ج 2 ص 330) .

فقال عمر : انتني بمن يَشْهَد معك ، قال : فشهد له محمد بن مسلمة ⁽¹⁾ . يستدل من هذه الأخبار الصحيحة على أن دية الجنين غرة ، وهي عبد أو أمة ، وقد ذهب إلى ذلك سائر العلماء إلا من لا يُعْتَدُ بخلافه .

وإذا ثبت هذا فقد وَجِبَتْ الغرة بقتل الجنين وخروجه ميتاً ، ويمكن تقييم الغرة بدفع ثمنها إذا تراضى الجاني والمجنى عليه أو وليه على ذلك ، وقد ذهب أكثر العلماء إلى أن قيمة الغرة نصف عشر الدية الكاملة أو عشر دية المرأة ، وهي تخمس من الإبل ، وقد روي ذلك عن عمر وزيد (رضي الله عنهما) وبه قال النخعي والشعبي وربيعة وقتادة وإسحق ، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ⁽²⁾ .

على أن نصف عشر الدية - وهي خمسة من الإبل - تعادل ستمائة درهم عند أكثر العلماء ، وفيهم المالكية والشافعية والحنابلة ⁽³⁾ ، وهي خمسمائة درهم عند الحنفية ، ومبنى الخلاف مقدار الدية كاملة ؛ إذ قالت الحنفية : عشرة آلاف درهم ، وعند أكثر العلماء اثنا عشر ألف درهم ⁽⁴⁾ .

وجملة القول في ذلك : أن دية الجنين عُشْرُ دية أمه أو يُصْفُ عُشْرُ دية الرجل ، وهي خمسمائة من الإبل ، وهذا هو الأصل ، ولكنها تتقوّم بما يعادلها من الدنانير وهي خمسون ديناراً بغير خلاف ، أو ستمائة درهم أو خمسمائة على الخلاف .

أما الذي يُنَاط به أداء الدية عن الجنين فهي العاقلة ، وهو قول أكثر العلماء وفيهم الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ؛ وذلك لحديث مسلم عن المغيرة بن شعبة قال : ضربت امرأة ضَرْبَتَهَا بِعَمود فسقطت وهي حَبْلَى فقتلتها ، قال : وإحداهما لحياية ، قال : فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصابة القاتلة ، وعُزَّة لما في بطنها ، فقال رجل من عصابة القاتلة : أَنْتَرَمُ دية من لا أَكَل ولا شَرِب ولا استهَلَّ فمَنْ ثَلَّ ذلك يُثَلَّ ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أَسْجَعُ كَسَجْعِ الْأَعْرَابِ ؟ » قال : وجعل عليهم الدية ⁽⁵⁾ .

(1) مسلم (ج 5 ص 111 ، 112) .

(2) تفسير القرطبي (ج 5 ص 322) والمغني (ج 7 ص 804) والبدائع (ج 7 ص 325) والحنلي (ج 11 ص 29) وبتدأ المجتهد (ج 2 ص 380) والأم (ج 6 ص 109) .

(3) تفسير القرطبي (ج 5 ص 322) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 168 ، 161) والمغني (ج 7 ص 804 ، 805) .

(4) البدائع (ج 7 ص 325) وشرح فتح القدير ومعه شرح العتابة (ج 10 ص 302 ، 303) .

(5) مسلم (ج 5 ص 111) .

ويُستدلُّ على ذلك بالقياس والنظر وهو أن دية المرأة المضروبة لما كانت على العاقلة كان الجنين كذلك على العاقلة ، وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم في الحمل (1) ، لكن المالكية خالفوا في من تنطأ به الغرة ؛ فقالوا بوجوبها في مال الجاني الذي تسبب في إنزال الجنين من بطن أمه ميتاً (2) .

ومع قول الأكثرين بوجوب الغرة على العاقلة إلا أنهم اختلفوا في صفة الجناية التي تقضي إلى قتل الجنين والتي تلزم فيها الغرة ، فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الغرة تجب على عاقلة الجاني ، سواء كانت جنايته خطأ أو شبهة عمداً أو عمداً ؛ وذلك بناءً على أن الجنين غير مقصود بالضرب ؛ لأنه لم يتحقق وجوده (3) .

قال الإمام الشافعي في ذلك : وإذا جنى رجل على امرأة عمداً أو خطأ فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلة غرة : عید أو أمة ، يُؤدُّون أيهما شاءوا من أي جنس شاءوا ، وليس لهم أن يؤدوا ما فيه عيب يُرَدُّ منه لو بيع (4) .

وذهب الحنابلة إلى أن العاقلة تحمل دية الجنين إذا كانت الجناية خطأ أو شبهة عمداً ، أما إن كانت الجناية على الأم عمداً فمات الجنين كانت دية في مال الجاني ولم تحمله العاقلة ؛ وذلك قياساً على حكم القتل من حيث وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد وفي وجوبها في مال الجاني في العمد (5) .

وذهب الشيعة الإمامية إلى أن دية الجنين في مال الجاني إذا كانت الجناية عمداً أو شبهة عمداً ، أما إن كانت خطأ فعلى عاقلة الجاني وتؤدى في ثلاث سنين (6) .

أمن تجب دية الجنين ؟

دية الجنين تجب لورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى : أي أن الغرة موروثَةٌ عن الجنين كأنما سقطت حياً ؛ وذلك لأن الغرة مجعّلة بدلاً عن نفس الجنين ، وبدل النفس

(1) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 161) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 301) والمغني (ج 7 ص 806) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 143) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 322) وبدلية المجتهد (ج 2 ص 381) .

(3) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 161) والبدائع (ج 7 ص 325) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية

(ج 10 ص 300 ، 301) والأم (ج 6 ص 109) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 380) .

(4) الأم (ج 6 ص 109) .

(5) المغني (ج 7 ص 806) .

(6) شرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 309) .

يكون ميراثاً لورثته (الجنين) كما لو قُتل بعد الولادة ، وذلك كالكدية فإنها بدلٌ عن النفس المقتولة ، وهي تُورث لمن يستحق التركة من الورثة بعد موئتهم ، وذلك الذي عليه عامة أهل العلم ومنهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ⁽¹⁾ .

قال الشافعي في الأم في ذلك : وإذا أُلقت المرأة جنيناً ميتاً وعاشت فدية الجنين موروثة كما يُورث لو أُلقت حياً ثم مات يرثه أبواه معاً أو أمه إن لم يكن له أب ⁽²⁾ .

وذهب الليث بن سعد إلى أن دية الجنين تأخذها الأم خاصة ؛ لأن الجنين عضو من أعضائها كأنما هو يدها أو غيرها من الأعضاء ، فما وجب في ذلك من ضمان الأروش للإتلاف فهو للمجنني عليه وهي هنا الأم ⁽³⁾ .

أما أهل الظاهر فهم يُفرقون بين حال الجنين قبل نفخ الروح فيه وبعد النفخ ، ويتحدث ذلك بتجاوز الحمل مائة وعشرين ليلة ، فإن كان كذلك كانت الغرة موروثة لورثة الجنين الذين كانوا يرثونه لو خرج حياً فمات ، وذلك على حكم الموارث . أما إذا لم يُوقن أنه قد تجاوز الحمل مائة وعشرين ليلة كانت الغرة لأُمه فقط ؛ لأن الجنين بعدم مجاوزة هذه المدة قد استبان أنه ليس حياً ؛ إذ لم تُنفخ فيه الروح بعد ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ فصَحَّ بالقرآن أن دية القتل في الخطأ والعمد مسلمة لأهل القتل ، والقتل لا يكون إلا في حيٍّ قد نقله القتل من الحياة إلى الموت بلا خلاف من أهل اللغة التي بها نزل القرآن ، والجنين بقَد مائة وعشرين ليلة يكون حياً بنص خبر الرسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق ؛ إذ قال : « إن أحدكم يُجمَع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نُطْفَق ، ثم يكون علقةً مثل ذلك ، ثم يكون مُضْغَةً مثل ذلك ، ثم يُنفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : بكتب رزقه وأجله وعمله وشقيه أو سعيد » ⁽⁴⁾ ويدل ذلك على أن نفخ الروح يتحقق بعد مائة وعشرين يوماً . إذا ثبت ذلك وأن الجنين كان عند الضرب حياً فمات فإنه يُصدَّق عليه أنه قتل ،

(1) البدائع (ج 7 ص 326) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 323) وأسهل للمبارك (ج 3 ص 143) وبداية المجتهد (ج 2 ص 381) والمغني (ج 7 ص 805) والأم (ج 6 ص 107) .

(2) الأم (ج 6 ص 107 ، 108) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 381) والمغني (ج 7 ص 805) والهيلى (ج 11 ص 33) .

(4) رواه البخاري (486 / 11) برقم (6594) ، ومسلم (2036 / 4) برقم (2643) . ورواه الأربعة عن عبد الله بن مسعود ، وانظر التاج الجامع للأصول (ج 1 ص 37) .

وبذلك فإن دية تجب لأهله الورثة يقتسمونها على سُنَّة الموارِيث ، أما إذا لم يُوقن بمجاورته مائة وعشرين ليلة استبان يقيناً أن الجنين ليس حياً ؛ إذ ليس فيه روح بعد فلا يتحقق فيه قتل ، وإنما هو (الجنين) ماءً أو علقَةً من دم أو مضغية أو قبضة من عظم ولحم ، فهو بذلك بعضُ أمّه وجزء من أجزائها وليس كائناً حياً ولا قتيلاً ، فإن كان كذلك كانت الأم هي المجنيّ عليها فكانت الغرة بذلك لها ⁽¹⁾ .

وجوب الكفارة في قتل الجنين

ذهب أكثر أهل العلم إلى وجوب الكفارة على من ضَرَب بطنَ امرأةٍ قالقت جنيناً ميتاً ، ويُلاحَظ بضرب المرأة على بطنها كلُّ أسباب الإجهاض الأخرى من ضرب وتخويف وإلقاء ودفع وغير ذلك من وجوه الأذى والضرر التي تتسبّب في إجهاض الجنين ، والكفارة الواجبة هي عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ ⁽²⁾ ، وقد ذهب إلى الوجوب عطاءً والحسن والزهري وإسحق ، وهو قول الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ، وقالت به الشيعة الإمامية في الجملة ، وقال ابن المنذر في هذا الشأن : كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تُلقِي جنيناً - الرقبة مع الغرة ، وقد روي عن عمر (رضي الله عنه) ⁽³⁾ .

أما المالكية فلم يوجبوا الكفارة في الجنين بل هي مندوبة عندهم من غير وجوب ، وهو المشهور في المذهب ⁽⁴⁾ .

أما الشيعة الإمامية فقالوا : تجب الكفارة في الجنين إذا نزل بعد أن أُوجِلَتْ فيه الروح . أما قبل ولوج الروح فيه فلا تجب ⁽⁵⁾ .

أما الحنفية ، فلا تجب عندهم في الجنين كفارة ، ووجه قولهم هذا أن الكفارة فيها معني العقوبة ، وقد عُرفَت العقوبة في النفوس المطلقة فلا تتجاوزها إلى ما عداها من الأجنة ، أما إذا أراد الجاني أن يتقرب إلى الله بالكفارة لا تركابه محظوراً فإن ذلك أفضل ⁽⁶⁾ .

(1) المحلى (ج 11 ص 33 ، 34) .

(2) سورة النساء الآية (92) .

(3) المغني (ج 7 ص 815) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 381) والمحلى (ج 11 ص 29) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 307) .

(4) بلغة السالك ومعه شرح الدردير (ج 2 ص 408) وبداية المجتهد (ج 2 ص 381) .

(5) شرائع الإسلام (ج 2 ص 307) . (6) شرح فتح القدير (ج 10 ص 306) .

على أن الجنين إذا خرج من بطن أمه فعاش ليس فيه كفارة ولا دية بل فيه حكومة لأمه لما أصابها من ألم الإجهاض ، وهو ما لا خلاف فيه فيما أعلم ؛ وذلك لليقين بأنه لم يمّ من ألم الإجهاض ، أما إذا أيقنا أنه عاش مدة ثم مات من ألم الإجهاض وجبت فيه الدية والكفارة (1) .

قال الإمام الشافعي في ذلك : إذا أَلَقَّت المرأة جنينًا حيًّا ثم جنى عليه رجل فقتله فعليه القَوْدُ وليس على الجاني - حين أبْهَضَتْ أُمُّهُ - ديةٌ جنين ، وفيه حكومة لأمه خاصةً بقدر الألم في الإجهاض الذي هو شبيه بالجُرْح (2) .

ولو أَلَقَّت المضروبة أكثر من جنين ففي كل جنين كفارة ودية أو غرة ، وهو ما لا خلاف فيه ، وكذلك لو اشترك جماعة في ضرب امرأة فأَلَقَّت جنينها كانت دية عليهم بالحصص ، وتجب على كل واحد كفارة (3) ، إلا قول الحنفية بعدم وجوب الكفارة في إجهاض الجنين وخروجه ميتًا ، أما لو خرج حيًّا فمات فإنه تجب فيه الدية والكفارة (4) مثلما قال الجمهور .

ولو أسقطت المرأة جنينها بفعلها وجنابتها كما لو شَرَبَت الحامل دواءً ، أو قفزت قفزة تريد إجهاض جنينها أو ضربت بطنها بنفسها لإخراج الجنين ؛ فإنه يلزمها الضمان وهي الغرة ، ولا تَرْتُّ منها شيئًا ؛ لأن القاتل لا يرث المقتول بل تكون الغرة للورثة ، وعلى المرأة عتق رقبة إلا قول الحنفية بعدم وجوب الكفارة ؛ لأن وجوبها إنما يتعلق بالنفس المطلقة ، أما الجنين فهو نفس من وجه دون وجه بدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية (5) .

صفة الجنين الموجبة للدية والكفارة

تجب الدية في الجنين إذا أُسْقِطَ بالجنابة على الأم ، سواء كان الجنين تامًا الخلقة أو ناقصًا ، فإن استبان بعض خلقه فهو بمنزلة الجنين التام ؛ لأنه وَلَدٌ في حق انقضاء العدة والنفس وغير ذلك ، فكلنا في حق الحكم هنا .

(1) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 381) والمغني (ج 7 ص 812) وبلغه السالك ومعه شرح الدردير (ج 2 ص 398) .

(2) الأم (ج 6 ص 108 ، 109) .

(3) المغني (ج 7 ص 816) وأسهل المدارك (ج 3 ص 142) وبلغه السالك (ج 2 ص 398) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 160) والخلی (ج 11 ص 32) .

(4) البدائع (ج 7 ص 326 ، 327) .

(5) بداية المجتهد (ج 2 ص 380) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 160) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 306) والخلی (ج 11 ص 34) .

وعلى هذا فإن الغرة تجب في كل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ، ولم يشترطوا لذلك نفخ الروح ، فإذا أُلْقَتْ جنيناً وكان لحماً قد استبان فيه صورة الأدمي كتحويده أو رجل وجبت الدية فيه باتفاق الجمهور ، ووجبت فيه الكفارة كذلك عند أكثر أهل العلم خلافاً للحنفية كما بيناه آنفاً (1) .

قال الشافعي (رحمه الله) في الأم : ولو خرج منها شيء يبين فيه خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو غيره ثم ماتت أم الجنين ولم تُخرج بقية الجنين ضمون الأم والجنين . ألا ترى أنها لو أُلْقَتْ ما في بطنها كالمضغة يبين فيها شيء من خلق الإنسان ضمنته جنايته على جنين كامل (2) .

أما الشيعة الإمامية فلهم في ذلك تفصيل ؛ إذ قالوا : إن دية الجنين المسلم الحر مائة دينار من الذهب إذا تم خلقه ولم تلججه الروح ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، وليس فيه كفارة ، أما لو ولجت فيه الروح ففيه دية كاملة للذكر ، ونصف دية للأنثى ، ولا تجب إلا مع تيقن الحياة وتجب الكفارة هنا .

أما إذا لم تتم خلقه الجنين ففي دية قولان :

أحدهما : تجب فيه الغرة .

الثاني : أن تُوزَّع الدية على مراتب تبعاً لمراحل الجنين ، ففيه ثمانون ديناراً وهو عظم ، وستون ديناراً وهو مضغة ، وأربعون ديناراً وهو علقة (3) .

* * *

(1) المنهي (ج 7 ص 816) والبدائع (ج 7 ص 326) والأم (ج 6 ص 109) والخطي (ج 11 ص 31) .

(2) الأم (ج 6 ص 110) . (3) شرائع الإسلام للخطي (ج 2 ص 307) .

كفارة القتل

الكَفَّارَةُ في اللغة من الكَفَر والكُفْرَان ، ومعناه : الجحودُ والشُّكْر ، كَفَرَ عليه يَكْفُرُ - يسكون الكاف - غَطَاه ، والشَّيْءُ : سَتَرَهُ ، والكافر معناه : الليلُ ، والبحرُ ، والنهر الكبير ، والسحاب المظلم ، والزارع والدرع ؛ لأن ذلك كله يَشْتَر ما في وسطه أو تحته (1) .

وكفارة القتل في الشرع هي : عِثْقُ رَقِبةٍ مُؤمِنَةٍ ، فإذا لم تُوجَدْ فصِيَامُ شهرين متتابعين ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ قَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ (2) .

أجمع العلماء على أَنَّ مَنْ يَقْتُل خطأً تَلَزَّمَهُ كفارةٌ ، سواءً كان القتيل ذَكَرًا أو أُنثى ، صغيرًا أو كبيرًا (3) .

وذهب أكثر أهل العلم إلى وجوب الكفارة في القتل شبه العمد وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة خلافاً للمالكية ؛ إذ أنكروا شبهة العمد وألحقوه في العمد كما بيناه سابقاً (4) ، ووجه الحكم في وجوب الكفارة هنا أن شبهة العمد يَجْرِي مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العاقلة للدية على ثلاث سنوات ، فكذا يجري مجراه في وجوب الكفارة ، وإذا لم يُحْمِل القاتل الدية في شبهة العمد فلا يجوز أن تُجِب في حقِّه الكفارة ؛ كيلا يَخْلُو القاتل عن الاتِّرام بشيء (5) .

ويستوي في القتل الخطأ الموجب للكفارة ما لو كان القتل بالمباشرة أو التسيب كحافر البئر فيسقط فيه إنسانٌ ، أو واضع الحجر في غير مِلْكِهِ فيتعثَّر فيه إنسانٌ معصومٌ فيموت ، أو شاهدٌ زورٌ يُقْضِي شهادته إلى قتل المشهود عليه ، أو نحو ذلك من أسباب القتل . فإن في ذلك كله ديةٌ على العاقلة وتلزم الجاني كفارةٌ ، وقد ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية في الظاهر من مذهبهم ، ووجه الوجوب : أن القتل بالسبب يُشَبِّه القتل بالمباشرة من حيث وجوب الضمان ، فكذا يشبهه من حيث وجوب الكفارة ، وكذلك فإن القتل بالسبب يُقْضِي إلى إتلاف يتعلق به ضمانُ القتيل فتعلق به

(1) القاموس المحيط (ج 2 ص 132 ، 133) . (2) سورة النساء الآية (92) .

(3) شرح فتح القدير (ج 10 ص 271) والأنوار (ج 2 ص 455) والمغني (ج 8 ص 47) .

(4) أسهل المدارك (ج 3 ص 130) والمغني (ج 8 ص 97) والأنوار (ج 2 ص 455) وشرح فتح القدير

(ج 10 ص 271) . (5) المغني (ج 8 ص 47) .

الكفارة أيضًا (1) .

أما الحنفية فقالوا : إن موجب القتل بالسبب الدية على العاقلة فقط ، ولا تلزم الجاني كفارة ولا يتعلق بهذا القتل حرمان من الميراث ؛ لأن القتل معدوم حقيقة من الجاني بالسبب فأُلحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل (2) .

الكفارة في القتل العمد

أما الكفارة في القتل العمد فهي موضع خلاف بين العلماء ، فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى عدم وجوب الكفارة في القتل العمد ، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، وقال به الثوري وأبو ثور وابن المنذر .

وحجّتهم في ذلك : أن الله تعالى ذكر القتل الخطأ وأوجب فيه الكفارة فقال : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤَيَّنَةٌ ﴾ (3) وذكر القتل العمد ولم يوجب فيه كفارة ، بل جعل جزاء القاتل المتمرد جهنم ، فمفهوم ذلك أنه لا كفارة في القتل العمد .

ومن احتجاج الحنفية أن إثبات الكفارة في القتل العمد زيادة في حكم النص ولا تجوز الزيادة في النص إلا بما يجوز به التشعُّع ، وكذلك لا يجوز إثبات الكفارات عن طريق القياس - أي قياسها على الوجوب في قتل الخطأ - وإنما طريق ذلك التوقيف ، وليس من نص يثبت ذلك ، فقد نصَّ الله على حكم كل واحد من القَتْلَيْنِ : العمد ، والخطأ ، ولم ينص على الكفارة في القتل العمد ، وقد قال النبي ﷺ : « من أخذت في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردٌّ » (4) ، وإيجاب الكفارة في القتل العمد إحداث في أمر النبي ﷺ ما ليس منه (5) .

وقالت المالكية كذلك : إن الله تعالى لم يذكُر الكفارة في كتابه لكن إن عُفي عن القاتل عمدًا فإنه يُؤْمَرُ بإخراج الكفارة نَذْبًا ؛ لأن ذلك خير له ليعظم ما ارتكبه من الإثم ، فهو كاليمين الغموس التي لا يُكْفَرُها إلا التَّائِبُ أو عَفْوُ الْبَارِي جل وعلا ، فالمطلوب من

(1) المغني (ج 8 ص 93) والأُنوار (ج 2 ص 455) وبلغة السالك ومعه شرح الدردير (ج 2 ص 383) .

(2) شرح فتح القدير (ج 10 ص 214) . (3) سورة النساء الآية (92) .

(4) رواه البخاري (355/5) برقم (2697) ، ومسلم (1343/3) برقم (1718) وأبو داود (12/5) برقم (4606) ، وابن ماجه (7/1) برقم (14) كلهم عن عائشة ، وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 556) .

(5) المغني (ج 8 ص 96) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 221) وبلغة السالك ومعه شرح الدردير (ج 2 ص 408) .

القاتل أن يُبادر إلى التوبة والتقرب إلى الله بالكفارة وبكل ما يستطيعه من أفعال الخير ⁽¹⁾ .

ومما يُستدل به أيضاً على عدم وجوب الكفارة في القتل العمد ما ذكر عن سويد بن الصامت أنه قتل رجلاً فأوجب النبي ﷺ القَوْدَ ولم يُوجب كفارةً ، وكذلك عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي ﷺ فَوَدَاهُمَا النبي ﷺ ولم يُوجب كفارةً ⁽²⁾ .

وذهبت الشافعية إلى وجوب الكفارة في القتل العمد ، سواء اقتَصَّ من الجاني أولم يُقتَصْ ، وهو رواية عن أحمد ، وبه قال الزهري ، واستدلوا على ذلك بكل من الشَّنة والقياس .

أما الشَّنة : فقد أخرج البيهقي عن واثلة بن الأسقع قال : أتينا رسولَ الله ﷺ في صاحب لنا قد أُوجِبَ النَّارُ ⁽³⁾ ، فقال : « اغتِفُوا عنه يَغْفِرِ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ » ⁽⁴⁾ .

وأما القياس والنظر : فهو أن الله تعالى أوجب الكفارة في القتل الخطأ فإيجابها في العمد أولى ؛ لأنه (العمد) أعظم إثماً وأشدَّ في البشاعة والثَّكر ، وبذلك فحاجة الجاني فيه إلى التفكير أعظم ⁽⁵⁾ .

والراجح قول الجمهور بعدم وجوبها في القتل العمد ؛ إذ لو كانت واجبةً فيه لذكرها الله تعالى مثلما ذكرها في الخطأ .

أما الاستدلال بحديث واثلة فإنه محتملٌ فلا ينبغي أن يُعَوَّلَ عليه ؛ وذلك لاحتمال أن يكون النبي ﷺ قد قصد الحَضَّ على العتق ؛ ليحصل الثواب ، ولم يكن ذلك عن كفارة القتل ، أي أن النبي ﷺ قد أمرهم بالإعتاق على سبيل التبرُّع لتبلي الثواب .

(1) أسهل المدارك (ج 3 ص 131) . (2) سيرة ابن هشام (ج 3 ص 195) .

(3) ذكر من وجه آخر أنه « أُوجِبَ النَّارُ بالقتل » انظر سنن البيهقي (ج 8 ص 133) .

(4) البيهقي (ج 8 ص 133) .

(5) الأنوار (ج 2 ص 455) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 361) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 162)

والمعني (ج 8 ص 96) .

الديات فيما دون النفس

ما يُصِيب الإنسان في جسده من الجروح ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الشَّجَاج .

القسم الثاني : الأطراف .

القسم الثالث : ما سوى ذلك من أعضاء البدن .

فسوف نعرض لكل واحدة من هذه الجراحات ، وما يتفرَّع عن كلِّ واحدة منها من الفروع ، وما يلزم لكل ذلك من الديات أو الأروش أو الحكومات .

القسم الأول : الشَّجَاج

الشَّجَاج : بالكسر ، ومفروَّده : شَجَّة . نقول : شَجَّه يَشْجُهُ شَجًّا فهو مَشْجُوج وشَجِيج ، ورجلٌ أَشْجُ : أي يَبِنُ الشَّجَّة إذا كان في حَبِينِه أثرُ الشَّجَّة ، وجدِّزُ بالذَّكر أيضًا أنَّ الشَّجَاج مَخْتَصَةٌ بما يُصِيبُ الرَّأْسَ أو الوجْهَ دونَ غيرهما من سائر البدن ⁽¹⁾ ، وهي اثنتا عشرة شَجَّةً نعرض لها في هذا البيان :

الأولى : الحَارِصَةُ : وهي التي تَحْرِصُ الجِلْدَ : أي تَحْدِثُهُ أو تُقَشِّرُهُ من غير أن تُذْمِيَه ⁽²⁾ .

الثانية : الدامعة : وهي التي تُخْرِجُ الدَّمَ ولا تُسِيلُهُ ، سَمَّيتُ بالدامعة ؛ تشبيهاً للدم بالدمع ؛ إذ يُخْرَجُ من العين ولا يُسِيلُ ⁽³⁾ .

الثالثة : الدامية : وهي التي تُقَشِّرُ الجِلْدَ وتُسِيلُ الدَّمَ ⁽⁴⁾ .

الرابعة : الباضعة : وهي التي تَقْطَعُ اللَّحْمَ بعد الجلد : أي تَقْطَعُهُ وتَشُقُّهُ شُقًّا كبيراً ⁽⁵⁾ .

(1) مختار الصحاح (ص 329) والقاموس المحيط (ج 1 ص 202) ولسان العرب (ج 2 ص 303) وبداية المجتهد

(ج 2 ص 383) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 287) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 365) .

(2) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 283) والمغني (ج 8 ص 54) .

(3) لسان العرب (ج 2 ص 303) والمغني (ج 8 ص 54) ومختار الصحاح (ص 211) وشرح فتح القدير

(ج 10 ص 285) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 365) .

(4) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 285) وبداية المجتهد (ج 2 ص 383) .

(5) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 285) وبداية المجتهد (ج 2 ص 383)

وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 365) .

- الخامسة : المتلاحمة : وهي التي تأخذ في اللحم ⁽¹⁾ .
- السادسة : السَّمْحاق - بكسر السين - : وهي الشجّة التي تصل إلى السمحاق ،
والسمحاق : جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس ⁽²⁾ .
- السابعة : المَوْضِحة : وهي التي تُقَشَّرُ جلدة السمحاق ؛ لتَبْلُغَ العظم ، سُمِّيت
بالموضحة ؛ لأنها تُوضَّحُ العظم : أي يُبَيِّنُهُ ⁽³⁾ .
- الثامنة : الهاشمة : وهي التي تَهْشِمُ العظم : أي تُكْسِرُهُ ⁽⁴⁾ .
- التاسعة : الْمُتَّقِلَّة : وهي الشجّة التي تُقِلُّ منها العظم من موضع إلى موضع بعد كثره ⁽⁵⁾ .
- العاشر : المأمومة ، أو الآئمة - بتشديد الميم - : وهي التي لا يَتَقَيُّ بينها وبين الدماغ
إلا جلدة رقيقة ، سُمِّيت بذلك ؛ لأنها تُصِلُ إلى أُمِّ الدماغ ، وقيل : تصل إلى خريطة
الدماغ المحيطة به ⁽⁶⁾ .
- الحادية عشرة : الدامغة : وهي التي تَبْلُغُ الدَّمَاعَ ، أو هي التي تخرق خريطة الدماغ
وتصل إليه ⁽⁷⁾ .

الثانية عشرة : الجائفة : وهي الطَّعْنة التي تصل إلى الجوف من الصدر أو البطن أو
الظُّهَر أو الخَاصِرَة أو الجَنْبَيْنِ وكذا ما يَصِلُ من الرقبة أو تُفَرِّغُ التَّخَرُّ إلى الحَلْق حيث يُفْطِر
الصائم لو دخله طعامٌ أو شراب ، وكذا الطعنة النافذة من العانة إلى المثانة ، أو نحو ذلك
من جراحات تنفذ إلى الجوف ، فتلزم جافة ، والاسم يدل على المقصود ، وهو ما
ذهب إليه أكثر العلماء ، وفيهم الخنفيه والشافعية والمالكية في الجملة ⁽⁸⁾ . لكن المالكية

- (1) شرح فتح القدير (ج 2 ص 285) وبداية المجتهد (ج 2 ص 383) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 365) .
- (2) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 2 ص 285) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 365) .
- (3) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 2 ص 285) والمنهني (ج 8 ص 55) وبداية
المجتهد (ج 2 ص 383) والأنوار (ج 2 ص 410 ، 411) .
- (4) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 2 ص 285) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 364) .
- (5) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 2 ص 285) وبداية المجتهد (ج 2 ص 383) .
- (6) لسان العرب (ج 2 ص 303) وشرح فتح القدير (ج 2 ص 285) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 265)
وبداية المجتهد (ج 2 ص 383) .
- (7) لسان العرب (ج 2 ص 304) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 265) .
- (8) الأنوار (ج 2 ص 410) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 286) وبداية المجتهد (ج 2
ص 383) ومختار الصحاح (ص 117) .

خَصَرُوا الجائفة في الجراحة التي تصل إلى الجوف من الظهر أو البطن ولو قَدَّر مدخل الإبرة فهي خاصة بالبطن أو الظهر (1) .

ديات الشجاج

ذهب عامة أهل العلم إلى أن ما دون المؤضحة من الشجاج الست ليس فيها ديات أو أروش مُقدَّرة في الشرع بل تجب فيها حكومات ، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، والشافعية في الجملة ، وهو قول النخعي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال الأوزاعي (2) .

ومع اتفاق العلماء على هذا فإن للشافعية فيه تفصيلاً ؛ إذ قالوا : الشجاج قبل الموضحة إن عُرفت نسبها من الموضحة فإنه يُقَسَّط لها من الأروش بمثل هذه النسبة ، وذلك كما لو كان على رأسه أو وجهه موضحة ومُجرح باضعة مثلاً وعُرف أن نسبة الباضعة ثلث أو نصف عمق الموضحة وجب أن يُقَسَّط لها بمثل هذه النسبة ، وإذا لم تعرف هذه النسبة وجبت لها حكومة كجرح سائر البدن (3) .

والمراد بالحكومة : ما يُحكَّم به القاضي بعد تقويم الذات المملوكة المجني عليها سالمة ومعيبة ، وينظر لما بين القيمتين فيحكم به القاضي على الجاني (4) .

وثمة رواية عن أحمد أن في الدامية بعيراً ، وفي الباضعة بعيرين ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة أبعرة ؛ لأن هذا مروى عن زيد بن ثابت .

والصحيح ما ذهب إليه الجمهور وهو أن في هذه الجروح حكومات كجراحات البدن ؛ لأنه لم يَرَدْ فيها تقدير من الشرع .

وقالت الشيعة الإمامية : إن دية الشجاج في الرأس والوجه سواء ، ومثلها في البدن بنسبة العضو الذي يتفق فيه من دية الرأس (5) .

-
- (1) أسهل المدارك (ج 3 ص 139) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 399) .
 (2) المغني (ج 8 ص 55) وبداية المجتهد (ج 2 ص 183) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 285) وأسهل المدارك (ج 3 ص 140) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 133) .
 (3) الأنوار (ج 2 ص 410) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 356) .
 (4) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 387) والمغني (ج 8 ص 56) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 288) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 307) .
 (5) شرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 307) .

جملة القول أن الشجاج الست مما دون الموضحة - وهي : الحارصة والدامعة والدامية والياضعة والمتلاحمة والشمخاق - لم يرد في الشرع تقدير لأروشها ، فتجب فيها حكومات .
وتعرض بعد ذلك للحديث عن أروش الشجاج الأخرى - وهي : الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة والدامغة والجائفة - وذلك بالاستناد إلى ما ورد في كل شجة من هذه الشجاج من دليل .

أَرُشُ الْمَوْضُحَةِ

الأرُش - في اللغة - بسكون الراء ، وجمعه : أرُوش ، والأرُش : دية الجراحات ⁽¹⁾ ، وأرُش الموضحة تحقش من الإبل ، وهو نصف عُشر الدية الكاملة ، وهو ما لا خلاف فيه ، ويستوي في ذلك ما لو كانت الموضحة كبيرة أو صغيرة .
ولو تعددت هذه الشجة فكانت موضحتين أو أكثر وجب لكل موضحة أرُش ، وذلك إذا كان بين الموضحة والأخرى انفصال ، أما إذا اتصلت الموضحتان فهما واحدة بأرُش واحد ⁽²⁾ .

ويستدل على ذلك بما أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « في الموضح تحقش تحقش » ⁽³⁾ .

وأخرج النسائي عن عبد الله بن عمرو قال : لما افتتح رسول الله ﷺ مكة قال في خطبته : « وفي الموضح تحقش تحقش » ⁽⁴⁾ .

وفي كتاب رسول الله ﷺ إلى اليمن والذي بعث به إليهم مع عمرو بن حزم جاء فيه : « وفي الموضحة تحقش من الإبل » ⁽⁵⁾ .

أَرُشُ الْهَاشِمَةِ

ذهب جمهور العلماء إلى أن الهاشمة فيها عُشرُ الدية - وهي عشرة أبعة - فإن

(1) مختار الصحاح (ص 13) .

(2) شرح فتح القدير (ج 10 ص 286) وأسهل المدارك (ج 3 ص 139) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 305) والحلي (ج 10 ص 411) والأنوار (ج 2 ص 409 ، 410) وبلدية المجتهد (ج 2 ص 383) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 399) .
(3) الترمذي (ج 4 ص 13) .

(4) النسائي (ج 8 ص 57) .
(5) أخرجه النسائي (ج 8 ص 58) .

هذه الشجعة (الهاشمة) مستقلة بوصفها عن غيرها ، وقد زوي ذلك عن زيد بن ثابت من غير خلاف له من الصحابة ⁽¹⁾ ، لكن المالكية خالفوا الجمهور في ذلك ؛ إذ قالوا : الهاشمة هي المنقلة ؛ لأنها مرادفة لها فلها مثل حكمها من الأرض ، وهو عشر الدية ونصف العشر ، أي خمسة عشر بعيراً ⁽²⁾ .

والصحيح قول الجمهور ، وفي هذا أخرج البيهقي عن زيد بن ثابت أنه قال : « في الموضحة خمس ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمس عشرة ، وفي المأمومة ثلث الدية » ⁽³⁾ .

أرض المنقلة

المنقلة : هي التي يطير بها فراش العظم ؛ فينتقل من موضع إلى موضع آخر بعد كشره ولا تصل إلى الدماغ ، وفيها عشر الدية ونصفها ، أي خمسة عشر بعيراً ، وتعدد الأروش بتعدد المنقلة ، فإن أصيب الجني عليه بمقتلتين استحق أرضين ، وهما ثلاثون من الإبل على أن لا يكون بين المنقلتين اتصالاً ، أما إذا كان بينهما وصل إلى العظم بأن كانت المنقلة واحدة متسعة فليس فيها إلا دية واحدة ، سواء كان ذلك من ضربة واحدة أو ضربات ، وذلك ما لا خلاف فيه ⁽⁴⁾ . ويستدل على ذلك بما جاء في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن : « وفي المنقلة خمس عشرة فريضة » ⁽⁵⁾ .

وفي لفظ آخر للنسائي من الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول : « إن في النفس مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا أوعب جذعها الدية ، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل » ⁽⁶⁾ .

أرض المأمومة

المأمومة أو الآمة : هي ما أفضت لأم الدماغ ، وأم الدماغ جلدة رقيقة مفروشة عليه ،

(1) شرح فتح القدير (ج 10 ص 286) والأنوار (ج 2 ص 409) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 305) .

(2) بداية المجتهد (ج 2 ص 384) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 399) وأسهل المدارك (ج 2 ص 141) .
(3) البيهقي (ج 8 ص 82) .

(4) أسهل المدارك (ج 3 ص 140) والأنوار (ج 2 ص 410) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 305) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 388) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 286) .

(5) النسائي (ج 8 ص 58) .

(6) النسائي (ج 8 ص 59 ، 60) .

فإذا تَكَشَّفَتْ عنه مات ، وتجب فيها ثلث الدية ، وهو الذي عليه عامة أهل العلم ⁽¹⁾ .
واستدلوا على ذلك بحديث عمرو بن حزم من كتاب النبي ﷺ إلى اليمن جاء فيه
« وفي المأمومة ثلث الدية » ⁽²⁾ .

أي أن أَرَشَ المأمومة ثلاث وثلاثون وثلث من الإبل ، وعلى هذا لو أَوْضَحَ رأسه
وَهَشَمَ فله أن يُوضَحَ ثم يأخذ أَرَشَ الهاشمية ، وهو خمس من الإبل ، ولو أَوْضَحَ وَنَقَلَهُ
فله أن يُوضَحَ أولاً ثم يأخذ ما بين الموضحة والمنقولة وهو عشر من الإبل ، وكذلك لو
أوضح وأم (من المأمومة) فله أن يُوضَحَ ثم يأخذ ما بين الموضحة والمأمومة ، وهو ثمانية
وعشرون بعيراً وثلث بعير ؛ وذلك لأن في المأمومة ثلث الدية ، وهي ثلاث وثلاثون
وثلث ، فإذا أوضح سقط أَرَشُ الموضحة ، وهي خمس ، وبقي العدد المذكور ، وهو
ثمانية وعشرون بعيراً وثلث بعير ⁽³⁾ .

أَرَشُ الدامغة

إذا خَرَقَ الجاني جلدة الدماغ فهي الدامغة ، وفيها ما في المأمومة من الأرش ، وهو
ثلث الدية ، وذلك من باب القياس ، وقيل : يُؤَاد على الثلث حكومة لخرق جلدة
الدماغ . وقيل : فيها الدية كاملة ؛ لأنها تُدَقَّفُ ⁽⁴⁾ ، ومن أجل ذلك أسقط بعض
العلماء اسم الدامغة من بين الشجاج ؛ لأنها (الدامغة) لا يعيش الإنسان معها عادة
فتصير نفساً ظاهراً وغالباً . فتخرج من أن تكون شجة ⁽⁵⁾ .

أَرَشُ الجائفة

الجائفة : هي التي تَصِلُ إلى الجَوْفِ من الصدر أو الظهر أو البطن أو الجنبين ،
وكذلك ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً ،

(1) شرح فتح القدير (ج 10 ص 286) والأنوار (ج 2 ص 390) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 133)
وبداية المجتهد (ج 2 ص 384) وبلغة السالك على شرح الدرر (ج 2 ص 388) .

(2) النسائي (ج 8 ص 58) . (3) الأنوار (ج 2 ص 389 ، 390) .

(4) دَقَفَ : دَفَّ على الجريح دَفًّا وَدَقَّقًا وَدَقَّقًا إِذَا أَجْهَزَ عَلَيْهِ ، والاسم : الدَّقَاف ، وَدَفَّ في الأمر : أَشْرَعَ ،
وَالدَّقَّاف - بالضم والكسر - : الشُّمُّ القتال . انظر القاموس المحيط (ج 3 ص 146) .

(5) المغني (ج 8 ص 47) والبدائع (ج 7 ص 296) وبلغة السالك (ج 2 ص 388) وحاشيتا القليوبي
وعميرة (ج 4 ص 133) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) .

وبذلك فإن الجائفة تختص بالجوف ، والجائفة فيها ثلث الدية ، وهي ثلاثة وثلاثون بعيراً وثلث بعير ، فقد جاء في كتاب عمرو بن حزم الذي بعث به النبي ﷺ إلى أهل اليمن : « وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة تحسن عشرة من الإبل » وفي لفظ آخر في العقول « إن في النفس مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا أُوجي جذعاً مائة من الإبل ، وفي المأمومة ثلث النفس ، وفي الجائفة مثلها » (1) .

ويستوي في الجائفة ما لو كانت كبيرة متسعة ، أو صغيرة ولو قَدَر مَدْخِل الإبرة ، فإذا بلغت الطعنة الجوف كان فيها أرش الجائفة ، ولو نفذت هذه الشجة إلى الجانب الآخر تعدد الأرش إلى اثنين .

أي أن الواجب في الجائفة ثلث الدية ، فإذا طعنت في صدره أو بطنه أو ظهره فنقدت إلى الجانب الآخر فإن الواجب فيها بتعدد ليكون فيها دية جائفتين ، وهما ثلثا الدية (2) .

* * *

(1) النسائي (ج 8 ص 58 - 60) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 139) وساحبة الشرقاوي (ج 2 ص 371) والأنوار (ج 2 ص 410) وشرح الإسلام للمحلي (ج 2 ص 306) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 286) .

القسم الثاني : الأطراف

الأطراف التي تتعلق بها الدية ثلاثة أنواع ، هي :

نوع : لا نظير له في البدن .

نوع : منه في البدن اثنان .

نوع : منه في البدن أربعة .

النوع الأول : ما لا نظير له في البدن :

وهي جملة أعضاء منها :

أولا : الأنف وتجب فيه الدية كاملة ، سواء مجدع كله استصلا ، أو قُطِع فيه المَارِنُ ⁽¹⁾ وحده ، وكمال الدية فيه ؛ لأنه ليس له في البدن نظير ، ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ، وهو ما لا خلاف فيه ⁽²⁾ .

وفي هذا أخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قضى رسول الله ﷺ في الأنف إذا مجدع الدية كاملة ، وإن مجدعت ثُدُوته فنصف الدية : خمسون من الإبل ، أو عُدْلُها من الذهب أو الزَّيْقُ » ⁽³⁾ والثُدُوَّة : هي اللحم الذي حول الثدي ، وهي للرجل بمنزلة الثدي للمرأة ⁽⁴⁾ .

وكذلك ما أخرجه النسائي عن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كَتَبَ إلى أهل اليمن كتابا في العقول : « إن في النفس مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا أوعِيَ جَدْعًا مائة من الإبل » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك أنه كان في كتاب عمرو بن حزم حين بعثه رسول الله ﷺ إلى نجران : « وفي الأنف إذا استوصلت المارن الدية كاملة » ⁽⁶⁾ .

وأخرج البيهقي أيضا عن ابن طاووس عن أبيه قال : عند أبي كتاب عن النبي ﷺ فيه « وفي الأنف إذا قُطِع المارن مائة من الإبل » ⁽⁷⁾ .

(1) المَارِن : ما لان من الأنف وقُضِلَ عن القَصْبَةِ ، انظر مختار الصحاح (ص 622) .

(2) البدائع (ج 7 ص 311) والمفني (ج 8 ص 12) وبداية المجتهد (ج 2 ص 386) والأنوار (ج 2 ص 413) .

(3) أبو داود (ج 4 ص 189) .

(4) مختار الصحاح (ص 82) .

(5) النسائي (ج 8 ص 60) .

(6) البيهقي (ج 8 ص 88) .

(7) (6 ، 7) البيهقي (ج 8 ص 88) .

وإذا قُطِعَ بعضُ الأنفِ ففيه من الدية بقدره ، ويُقدَّر ذلك بالمساحة ؛ إذ يُقاس الجزء المقطوع بنسبته من مساحة الأنف كُلهُ ، أما قطع المارن - وهو أرنبة الأنف - فتجب فيه الدية كاملة ؛ لأن قُطْعَه إذهابٌ لجمالٍ مقصودٍ في الأنف .

على أن المارن ثلاثُ طبقات ، وهي : المتخيزان ، والحاجز بينهما ، فإن قُطِعَ أحدُ المتخيزين وجب فيه ثلثُ الدية ، وفي المتخيزين الاثنين ثلثا الدية ، وفي الحاجز بينهما ثلثها ، وقد ذهب إلى ذلك أكثرُ أهل العلم ⁽¹⁾ .

ولو قُطِعَ المارنُ مع القصبة فلا يجب في ذلك أكثرُ من دية واحدة ، أي أنه لا يُراد في قطع القصبة مع المارن شيءٌ بل تدرج حكومتها في دية المارن ، وقد ذهب إلى ذلك عامةُ أهل العلم ⁽²⁾ ، ووجهُ هذا القول : أن الأنفَ عضوٌ واحدٌ فلا يجب به أكثرُ من دية ، وفي هذا يقول الرسول ﷺ : « وفي الأنف إذا أُرْعِبَ جَدْعُه الدية » ⁽³⁾ .

وثمة قولٌ بوجود الدية في المارن وفي القصبة حكومة ؛ لأن المارن وحده يستوعب الدية كاملةً وبقيت الحكومة في القصبة ، وهو ضعيفٌ بدليل أن اللسان إذا قُطِعَ مع قصبته فلا يجب فيه غيرُ دية ، وكذا الذَّكَرُ إذا قُطِعَ مع أضليه فلا يجب فيه أكثرُ من دية . ولو ضُربَ أنفه فَقُطِعَ وذُهِبَ بقطعه حاسةُ الشمِّ وجب فيه ديتان : واحدة للأنف ؛ لأن فوائه فواتٌ لجمالٍ مقصود ، وواحدة للشم ؛ فإن منفعتَه مقصودةٌ كذلك .

أما لو قُطِعَ أنفُ الأَخْشَمِ ⁽⁴⁾ فتجب فيه دية واحدة ؛ لأن العَيْبَ لَحَقَّ بالأنف وحده ، ولو ضربَ أنفه فأذهب منه حاسةَ الشمِّ وحدها لزمته ديةٌ كاملةٌ لذهاب منفعة مقصودة .

ولو قُطِعَ أنفه فالتحم وجبت فيه حكومة ، وإن بقيت قصبة الأنف بعد الالتحام معوجةً زِيدَت الحكومة ⁽⁵⁾ .

(1) المغني (ج 8 ص 12 ، 13) والأنوار (ج 2 ص 413) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 279) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 298) .

(2) شرح فتح القدير (ج 10 ص 279) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) والمغني (ج 8 ص 13) وحاشيتنا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 135) .

(3) النسائي (ج 8 ص 58) .

(4) الأَخْشَمُ : الذي في أنفه داءٌ حتى لا يكاد يُشَمُّ شيئاً . انظر القاموس المحيط (ج 4 ص 108) .

(5) للمغني (ج 8 ص 14) والأنوار (ج 2 ص 413) والبدائع (ج 7 ص 312) وبلغة السالك على شرح

الدردير (ج 2 ص 400) .

دية اللسان

أجمع العلماء على وجوب الدية كاملة في لسان الناطق ؛ وذلك لغوات منفعة مقصودة ، وهي الكلام ، وكذلك ما لو قُطِع بعض لسانه ففيه الدية كاملة إذا كان ذلك مانعاً من الكلام حتى وإن كان اللسان قائماً .

وفي هذا جاء في كتاب النبي ﷺ إلى أهل اليمن : « وفي اللسان الدية »⁽¹⁾ ، ولأن في اللسان جمالاً ومنفعة ، فجماله ما يزدان به المرء من حسن الصورة وتمام الخلقة ، وأما منفعته فهي بلوغ الحاجات وتحقيق الأماني والأغراض فضلاً عن بذل الخير ودفع الشر وذلك بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلى غير ذلك من وجوه الكلام النافع ، ووسيلة ذلك كله اللسان . وعلى هذا لو جنى عليه بضربة على لسانه أو رأسه فصار أخرس وجبت فيه دية كاملة .

ولو ضرب لسانه أو قُطِع بعضه فامتنع من التكلم ببعض الحروف وجب على الجاني من الدية بقدر ما نقص من هذه الحروف من مجموع الحروف في العربية وهي ثمانية وعشرون حرفاً ، وعلى هذا يكون الأثر في إذهاب حرف واحد بنسبة واحد إلى ثمانية وعشرين ، أي ربع شيع الدية ، وفي حرفين نصف شيع الدية ، وفي أربعة أحرف شيعها وهكذا ، وعلى هذا لو جنى عليه بضربة على لسانه أو رأسه فصار أخرس وجبت فيه دية كاملة⁽²⁾ .

ولو ضربه فعمز عن أداء الأكثر من الكلام لزمته الدية كاملة ؛ لأن الظاهر عدم حصول المنفعة بالكلام ، أما إن قدر على أداء أكثر الكلام فعمز عن أقله وجبت فيه حكومة عدل ؛ لحصول الإفهام مع الاختلال ، ويشبه ذلك ما لو لم يذهب بالجناية شيء من الكلام لكن حصل له شئ أو نقص كما لو حصل له تممة أو فائقة فعليه حكومة ولم تجب الدية ؛ لأن منفعة الكلام لم تذهب⁽³⁾ .

ويستوي في اللسان لتجب فيه الدية كاملة ما لو كان صاحبه أكن⁽⁴⁾ أو ألق⁽⁵⁾ أو

(1) النسائي (ج 8 ص 58) .

(2) المغني (ج 8 ص 17) وبداية المجتهد (ج 2 ص 386) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 368) والأنوار ومعه حاشية الكنتري وحاشية الحاج إبراهيم (ج 2 ص 413 ، 414) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 219 ، 220) .

(3) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 10 ص 280) والمغني (ج 8 ص 17) والأنوار (ج 2 ص 423) .

(4) الأكن : من اللكنة وهي عجمة في اللسان وعي ، انظر مختار الصحاح (ص 603) .

(5) الألق : عن به لغة في اللسان - بالنضم - وهو أن يجعل الرء غيماً أو لائماً ، أو الشين ثاء ، مختار الصحاح (ص 592) .

تَقُلْ كَلَامَهُ فهو كالصحيح في وجوب الدية ، وكذا الطفل إذا نطق ببعض الحروف مثل « بابا » أو « ماما » بما يستبين معه أنه سيكون ناطقاً ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء خلافاً للحنفية ؛ إذ قالوا يجب في لسان الصغير حكومة عدل وليس الدية حتى وإن استهل ما لم يتكلم ؛ لأن الاستهلال صياح وليس كلاماً ⁽¹⁾ .

أما لسان الأخرس فتجب فيه حكومة وليس الدية ، سواء كان الخرس أصلياً أو عارضاً ؛ لأنه لا قصاص في لسان الأخرس ، ولأن المقصود باللسان المنفعة ولا منفعة في لسان الأخرس ، وهو قول الجمهور ⁽²⁾ .

ولو جنى على لسان ناطق فذهب بالجنابة كلامه وذوقه وجب فيه ديتان : واحدة للكلام ، وأخرى للذوق ، وهو ما لا خلاف فيه ؛ لأن الذوق من المنافع المعترية في وجوب الديات كمحواس الشم والسمع والنطق ⁽³⁾ .

أما لو جنى على الأخرس فذهب ذوقه فقد وجبت فيه حكومة للسان ودية للذوق ، وهو قول الشافعية والمالكية ⁽⁴⁾ .

(1) الأنوار (ج 2 ص 413) والمغني (ج 8 ص 19) والبدائع (ج 7 ص 323) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 299) .

(2) البدائع (ج 7 ص 323) والأنوار (ج 2 ص 413) والمغني (ج 8 ص 16) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) .

(3) المغني (ج 8 ص 16) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 136) وأسهل المدارك (ج 3 ص 137) والبدائع (ج 7 ص 312) والأنوار (ج 2 ص 424) .

(4) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 136) وبلغة السالك (ج 2 ص 401) .

دية الذَّكَرِ

تجب الدية كاملةً بقطع الذَّكَرِ ؛ لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول ، وكذا ما لو قطع الحشفة فإنه تجب فيها الدية كاملةً ؛ لأنها الأصل في منفعة الإيلاج ، وذلك الذي عليه عامة العلماء (1) .

وفي هذا جاء في كتاب النبي ﷺ الذي بعث به إلى أهل اليمن : « وأن في الثَّقَسِ الدية مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا أوعب جذعه الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذَّكَرِ الدية ، وفي الصُّلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحد نصف الدية » (2) .

ويستوي في الذَّكَرِ ما لو كان ذكرٌ صغير أو كبير أو شيخ أو شاب ، سواء قَدَّر على الجماع أو لم يَقْدِر .

أما ذكرُ العين فتجب فيه الدية لعموم الخبر : « وفي الذَّكَرِ الدية » وقد ذهب إلى وجوبها أكثر أهل العلم ؛ إذ قالوا : إن العينَ غيرُ ميتوس من اقتداره على الجماع ، وذكره عضو سليم في نفسه فتجب دية كاملة (3) .

أما ذكرُ الخصي ففي أثره خلافٌ ، فقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أن في ذكرِ الخصي حكومةً ، وذلك يشبه ما لو قُطِعَ الأُتُنَيْنِ أولاً ثم الذَّكَرُ بقَدْر ذلك ؛ فإنه تجب في الأُتُنَيْنِ ديةٌ ، وفي الذكر - في هذه الحالة - حكومةٌ ، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، وقال به الثوري وقتادة وإسحق ، ووجه قولهم هو : أن المقصود من الذكر تحصيلُ النسل ولا يوجد ذلك من الخصي فلا ينبغي أن تكُمَلْ ديةُ كالأُنثَى ، وبعبارة أخرى فإن الجاني لم يَقُوْثْ جنسَ منفعة ولا قُوْثَ جمالاً على الكمال (4) .

وذهبت الشافعية إلى أن في الخصي ديةً كاملةً ، وهو قول ابن المنذر وهو رواية عن أحمد ، وحجتهم في ذلك عموم الخبر : « في الذَّكَرِ الدية » وهو يدل بعمومه على

(1) البدائع (ج 7 ص 311) وشرح فتح القدير (ج 10 ص 280) والأنوار (ج 2 ص 424) وأسهل المدارك (ج 3 ص 137) .

(2) السامي (ج 8 ص 58) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 386) والمغني (ج 8 ص 33) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 138) .

(4) البناية (ج 10 ص 141) وأسهل المدارك (ج 3 ص 137) والمغني (ج 8 ص 33) وبداية المجتهد (ج 2 ص 386) وشرح فتح القدير ومعه شرح البناية (ج 10 ص 279) .

وجوب الدية كاملة في ذكر الحصى ؛ لأنه ذكر بكماله (1) .

دية الضَّلب

إذا كُسِر الضَّلب بجناية عليه فمَنع المجني عليه من المشي بحال أو ذهب جماعه فقد وجب فيه دية كاملة ، وهو ما لا خلاف فيه (2) .

والدليل على ذلك حديث عمرو بن حزم : « وفي الضَّلب الدية » .

ولو كُسِر صلبه ثم برئ كشره لكنه صار يمشي معتمداً على شيء فقد وجب في ذلك حكومة ، وكذلك ما لو برئ لكنه صار مُعَوَّجاً فإن فيه حكومة أيضاً ، ويزاد فيها (الحكومة) بقدر العوج في المشي ، وهو قول الحنفية والشافعية وأهل الظاهر ؛ إذ قالوا في مجملتهم : إن الضَّلب إذا كُسِر فانقطع فيه ماء المني أو فات المشي وجبت فيه الدية كاملة لتفويت منفعة الجماع . أما غير ذلك فلا تجب الدية بل حكومة (3) .

وذهبت المالكية والحنابلة إلى وجوب الدية في كسر الصلب وإن لم يذهب مشيه وجماعه ؛ وذلك استدلالاً بعموم الحديث : « وفي الضَّلب الدية » أما لو ذهب مشيه وجماعه فإنه يجب في ذلك ديتان : واحدة لعدم المشي ، والثانية لعدم الجماع (4) .

دية العقل

لا خلاف بين العلماء في وجوب الدية للعقل للجواب بجناية ، سواء كانت خطأ أو عمدًا ، ولا عَجَبَ فإنَّ العقل أجدزُّ الحواسِّ في الإنسان بالاهتمام ؛ وذلك أنَّ العقل مبعثُ الشعور والإحساسات جميعًا ، فهو بذلك مناطُ المسؤولية والحساب سواء في الدنيا والآخرة وهو كذلك مناطُ التكليف والاعتبار ، وبه يتميز الإنسان عن غيره من العجماءات والجمادات كالبهائم والأحجار مما لا يحتمل شيئاً من مسؤوليات أو واجبات ، وعلى هذا فأجدزُّ بالعقل أن يُقرَّر له الشرع دية كاملة إذا أزيل بجناية من الجنائيات ، وفي

(1) الأم (ج 6 ص 121) والمغني (ج 8 ص 33) .

(2) الأم (ج 6 ص 81) والمغني (ج 8 ص 32) وأسهل المدارك (ج 3 ص 136) والبدائع (ج 7 ص 311) والمحلى (ج 10 ص 451) .

(3) البدائع (ج 7 ص 311) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 370) والأُنوار (ج 2 ص 424) والمحلى (ج 10 ص 451) .

(4) المغني (ج 8 ص 32) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) .

هذا أخرج البيهقي عن معاذ بن جبل مرفوعاً : « وفي العقل مائة من الإبل » ⁽¹⁾ .
وأخرج البيهقي أن رجلاً زعمى أبا المهلب في رأسه فذهب سقمه ولسانه وعقله وذكوره فلم يقرب النساء فقضى فيه عمر (رضي الله عنه) بأربع ديات ⁽²⁾ .
وأخرج البيهقي أيضاً عن زيد بن ثابت قال : « في الرجل يضرب حتى يذهب عقله الدية كاملة » ⁽³⁾ .

وأخرج البيهقي كذلك عن زيد بن أسلم قال : مضت السنة في أشياء من الإنسان : في نفسه الدية وفي العقل إذا ذهب الدية ⁽⁴⁾ .
وأخرج البيهقي كذلك عن الحسن أنه سئل عن رجل فرّع رجلاً فذهب عقله ، قال : لو أدركه عمر (رضي الله عنه) لضمنه الدية ⁽⁵⁾ .
ويزول العقل بواحدة من الجنائيات كيفما كانت ، فقد يكون ذلك بالضرب أو الشقي أو التزويج أو غير ذلك من صور الجنائيات التي تتحول إلى زوال العقل بالكلية لتجب فيه الدية كاملة ⁽⁶⁾ .

أما إن فعل به فعلاً أذهب به بعض عقله لا كله فإنه يجب في ذلك من الدية ببسيط المدة التي يُخْرَجُ فيها إن أمكن ضبط ذلك بالزمان ، فلو كان يُخْرَجُ يوماً ويليقي يوماً وجب في ذلك نصف الدية ، ولو كان يجن يوماً ويليقي يومين وجب فيه ثلث الدية وهكذا ، ولو صار يجن أحياناً من غير ضبط المدة فقد وجب في ذلك من الأرض بقدره من الدية ، وإذا لم يجن لكنه صار مدهوشاً تنفّش نوباتاً من الدهول أو الخوف فيفزع إذا جلس منفرداً ، أو صار يخاف مما لا ينبغي أن يخاف منه في العادة كما لو فرغ من صوت الرعد أو مبيض البرق أو رؤية حيوان أليف كالكلب أو الشئور ⁽⁷⁾ فإنه يجب في

(1 - 5) البيهقي (ج 8 ص 286) .

(6) البدائع (ج 2 ص 117) ، والألم (ج 6 ص 81) ، والمغني (ج 8 ص 17) ، وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 109 ، 170) ، وأسهل المدارك (ج 1 ص 146) ، وشرح فتح القدير (ج 10 ص 280) ، وشرائع الإسلام للحلي (ج 1 ص 101) .

(7) الشئور أو الشئار : مفرد ، وحجمه : الشاسير ، ويتراد به هنا الهذ ، ومن معانيه : أضلُ الذئب ، وفقارة عتق البعير ، وقيل : الشاسير : عظام مخلوق الإبل . وقيل : رؤساء كل قبيلة ، والسنور : السيد ، انظر لسان العرب (ج 4 ص 181) .

ذلك كله حكومة يُقَدِّرُها الحاكمُ باجتهاده (1) .

ولو ذهب عقله بجناية لا تقتضي أرشاً - وذلك كما لو جنى عليه بلطمة أو لكمة أو وكزة أو خوفه تخويفاً أو نحو ذلك من الجنایات التي لا أرش فيها مُقَدَّرٌ - فإنه يجب الدية فقط من أجل زوال العقل .

أما إن أذهب عقله بجناية تقتضي أرشاً مقدراً - كالجراح أو إبانة أطراف في البدن - فإنه يجب في ذلك دية لذهاب العقل ، وأرش للجرح أو إبانة العضو ، وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية .

وعلى هذا لو ضربه مؤصحة فزال عقله فإنه يجب في ذلك دية للعقل ونصف العشر للموضحة ، وكذلك لو طعنه مأمومة أو بجائفة فزال عقله وجب فيه دية لذهاب العقل وثلك الدية للمأمومة أو الجائفة وهكذا ، أي أنه لا تدخُلُ بين الأرشين ، وهما دية العقل وأرش الجناية التي تسببت في زواله (2) .

وقال الشافعي في هذا الشأن : لو أصابه بمأمومة فأورثته مجنناً أو فرعاً أو غشياً إذا فرغ من زعمه أو غيره كانت فيها مع المأمومة حكومة لا دية ، وإذا جنى عليه فذهب عقله ففي ذهاب عقله الدية ، وإن كان - مع ذهاب عقله - جنى عليه جناية لها أرش معلوم فعليه أرش تلك الجناية مع الدية في ذهاب العقل (3) .

أما الحنفية فقالوا بالتدخل ، وهو أن يدخل الأقل من الدية والأرش في الآخر ، وذلك كما لو شج رأسه موضحة فسرى الجرح إلى النفس فمات فإنه يجب في ذلك دية للنفس فقط ، لأن أرش الموضحة تدخل في دية النفس .

ولو كان أرش الجرح أكثر من دية العقل اعتبر أرش الجرح ، وذلك كما لو قطع يديه ورجليه فذهب عقله فقد وجب أرش الجرح وهو هنا ديتان : واحدة لليدين ، وأخرى للرجلين فتدخل دية العقل في أرش الجرح (4) .

(1) الأنوار (ج 2 ص 419) والأم (ج 6 ص 82) والمغني (ج 8 ص 37) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 400) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 303) .

(2) المغني (ج 8 ص 38) والأنوار (ج 2 ص 419) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 370) وأسهل المدارك (ج 3 ص 136) .

(3) الأم (ج 6 ص 82) .

(4) البدائع (ج 7 ص 317) .

أما أهل الظاهر فقالوا : لا يجب في إذهاب العقل دية لعدم الدليل على ذلك ؛ إذ لا نص ولا إجماع يُثبت الدية في العقل ؛ فلا شيء في ذهابه خطأ .

أما ذهابه بالعمد فإنما هذه ضربة يجب فيها القصاص بضربة مماثلة ، فإذا لم يذهب عقل المقتص منه بالضربة فلا شيء عليه ؛ لأنه قد اعتكدي بمثل ما اعتكدي به عليه (1) .

الدية في شعر الرأس والحية

لو جنى عليه بما يُزيل لحيته أو شَعْرَ رأسه على وجه لا يُرجى معه العَوْدُ ، وجب في كل من هذه الشعور الدية ، وذلك كما لو صب على الشَّعر ماءً حاراً أو مادةً من المواد الحارقة أو الكاوية التي تذهب بالشعر من أصوله فلا يثبت بعد ذلك أبدًا ، يستوي في ذلك ما لو كانت إزالة الشعر عمدًا أو خطأ ، وصورة الإزالة خطأ أن يظنه مباح الدم ثم ظهر أنه غير مباح الدم ، وهو قول الحنفية والحنابلة ، ووجه قولهم : أن في إزالة الشعر عن الرأس واللمحية إذهابًا للجمال ، ويستوي في شعر الرأس المرأة والرجل (2) .

ويُستدل على ذلك بما أخرجه البيهقي عن زيد بن ثابت قال : « في الشَّعر - إذا لم يثبت - الدية » ورؤي مثل ذلك عن علي (3) .

أما إن أمكن عَوْدُهُما بعد الحلق فلا دية وهو قول الحنفية والحنابلة أيضًا ، خلافًا للشافعية والمالكية ؛ إذ قالوا : إن في حلق الشعر حكومةً بقدر الشَّين والألم الناشئَيْن عن الحلق (4) .

أما الشاربُ ففي حلقه حكومةً عدلي ، وهو الراجح من مذهب الحنفية ؛ لأن الشارب تابع للحية فصار كبعض أطرافها ، فإذا حلق بعض أطرافها (اللمحية) وجب حكومةً عدلي فكذا الشارب ، وثمة قول في المذهب بوجوب الدية كاملة في الشارب ؛ لأنه عضوٌ على جذوة (5) .

النوع الثاني : ما منه في البدن اثنان .

ويتضمن ذلك جملة أعضاء في البدن يجب في كل منها دية ، نعرض لذلك في هذا التفصيل :

(1) المحلى (ج 10 ص 415) .

(2) المغني (ج 8 ص 11) والبدائع (ج 7 ص 317 ، 324) والبنية (ج 10 ص 143 ، 144) .

(3) البيهقي (ج 8 ص 98) .

(4) الأم (ج 5 ص 123) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 402) وأسهل المدارك (ج 3 ص

(135) . (5) البنية (ج 10 ص 144) .

حياة العيتنين

أجمع العلماء على وجوب الدية كاملة في العينين اللاتنتين إذا قُوتتا خطأ ، وإن في العين الواحدة - إذا قُوتت - نصف الدية . وفي هذا جاء في كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم : « وفي العينين الدية » (1) .

إذا ثبت هذا فإنه لا فرق - وجوب الدية - بين عين وأخرى من حيث السعة والضيق ، أو من حيث القوة والضعف ، أو من حيث الجمال والقبح ؛ فالدية تستوي في العينين إن كانتا صغيرتين أو كبيرتين ، مليحتين أو قبيحتين ، سليميتين أو مريضتين أو حولوين أو كان بهما رمض (2) .

وفي العين الواحدة كذلك نصف الدية ، كاليدين تجب فيهما الدية وفي الواحدة النصف ، وفي ذلك إجماع كما بيناه أيضًا ، فقد جاء في كتاب النبي ﷺ لعمر بن حزم : « وفي العين الواحدة نصف الدية » (3) .

وتجب الدية كاملة في إذهاب البصر من عينين بصيرتين ، ويجب نصفها في إذهابه من إحداهما ، فلو جنى عليه جان بضربة على رأسه حتى ذهب بها بصره كليًا فقد وجبت الدية كاملة ؛ لأن البصر للإنسان كمال وجمال ومنفعة ، ويجب نصف الدية لزوال البصر من عين واحدة ، وهو ما لا خلاف فيه (4) .

ولو جنى عليه جناية نقص منها ضوء عينية ؛ فقد وجب في ذلك حكومة ، والوقوف على نقص البصر من حيث حقيقته ومداه منوط بأهل الخبرة في طب العين فهم يُقررون ذلك ، فإن أمكن ضبط هذا النقص بنسبة معينة كالنصف أو الثلث أو الربع فإنه يجب لذلك قسطه من الدية ، أما إذا لم يمكن ضبط هذا النقص من حيث حجمه ومقداره فقد وجب فيه حكومة يقررها الحاكم ، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية ، والحنفية في الظاهر من قولهم (5) . وفي هذا أخرج البيهقي عن سعيد بن المسيب أن رجلاً أصاب

(1) النسائي (ج 8 ص 58) .

(2) المغني (ج 8 ص 2) والأنوار (ج 2 ص 412) والبنية (ج 10 ص 147) وبداية المجتهد (ج 2 ص

387) والمجلى (ج 10 ص 418) . (3) النسائي (ج 8 ص 59) .

(4) الأنوار (ج 2 ص 420) والمغني (ج 8 ص 2) وأسهل المدارك (ج 3 ص 121) والبدائع (ج 7 ص 317) .

(5) المغني (ج 8 ص 3 ، 4) والأنوار (ج 2 ص 421) وأسهل المدارك (ج 3 ص 121) والبدائع (ج 7 ص 317) .

عَيَّنَ رجلٌ فذهب ببعض بصره وبقي بعضٌ ، فزُفِعَ ذلك إلى علي (رضي الله عنه) فأمر بعينه الصحيحة ففُصِّصَتْ وأمرَ رجلًا ببيضةٍ فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خَطَّ عند ذلك علمًا ثم نظر في ذلك فوجده سواء فأعطاه بقدر ما نَقَصَ من بصره ثم خَطَّ عليها من مالي الآخر ⁽¹⁾ .

ولو جنى على الأعور فقفا عينه السليمة وجبت فيها ديةٌ كاملة ، وهو قول المالكية والحنابلة ، وبه قال الزهري والليث وقتادة وإسحق وقضى به عمر بن عبد العزيز ، واستدلوا على ذلك بقضاء فريق من الصحابة في المسألة ، وهم : عمر وعثمان وعلي وابن عمر ؛ إذ قضوا في عين الأعور بالدية ولم يكن لهم في الصحابة مخالفتٌ ، فقالوا : إن ذلك إجماع . واستدلوا أيضًا بالنظر وهو أن عينَ الأعور تتضمن البصرَ كُلَّهُ في حقه مثلما تتضمن العينان السليمتان كُلَّ البصر عند ذي العينين ، وبمباراة أخرى فإن العينَ الواحدةَ للأعور بمنزلة العينين جميعًا لغير الأعور ، وبذلك تجب الديةُ كاملةً في فقء عينِ الأعور الصحيحة أو إذهاب بصرها ⁽²⁾ .

وذميت الحنفية والشافعية إلى أن عينَ الأعور يجب فيها نصفُ الدية ، وهو قول الثوري وبعض التابعين ⁽³⁾ ، واستدلوا على ذلك بالعموم من حديث عمرو بن حزم : « وفي العين الواحدة نصف الدية » .

قال الإمام الشافعي في هذا الشأن : وسواء العينُ اليمنى واليسرى وعينُ الأعور وعينُ الصحيح ، ولا يجوز أن يقال في عينِ الأعور : الديةُ تامةٌ ، وإنما قضى رسول الله ﷺ في العينِ بخمسين - وهي نصفُ الدية - وعينُ الأعور لا تُقدو أن تكون عينًا ⁽⁴⁾ .

دية الأذنين

ذهب أكثرُ أهل العلم إلى وجوب الدية في الأذنين إذا اصطلمتا ⁽⁵⁾ ، وقد روي ذلك

(1) البيهقي (ج 8 ص 87) .

(2) المغني (ج 8 ص 5) وبداية المجتهد (ج 2 ص 386) .

(3) نتائج الأفكار لقاضي زاده (ج 10 ص 282) والأم (ج 6 ص 122) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 135) والبدائع (ج 7 ص 314) وبداية المجتهد (ج 2 ص 386) .

(4) الأم (ج 6 ص 122) .

(5) اصطلمتا : من الاضطيلام وهو الاستعصال ، انظر مختار الصحاح (368) .

عن عمر وعلي ، وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والأوزاعي وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ، والمالكية في الظاهر من مذهبهم ، ودليلهم في ذلك حديث عمرو بن حزم وفيه : « وفي الأذن خمسون من الإبريل » (1) .

وأخرج البيهقي عن زيد بن أسلم قال : مضت السنة في أشياء من الإنسان فذكر الحديث قال فيه : « وفي الأذنين الدية » (2) .

ومن الاستدلال بالنظر أن ما كان في البدن منه عضوان وجب فيهما الدية ، ويجب كذلك في الأذن الواحدة النصف ؛ لأن كل عضوين وجب فيهما الدية وجب في أحدهما النصف ، ووجه ذلك : أن تفويت الاثنين - مما كان في البدن منه عضوان - هو تفويت لجنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب في ذلك دية كاملة ، أما تفويت أحدهما فهو تفويت للنصف ؛ فوجب فيه نصف الدية .

ولو قُطِع بعض الأذن فقد وجب فيها من الدية بقسطها بالقياس إلى تحجم الأذن كلها ، فإن قُطِع ثلثها وجب ثلث الدية ، وإن قُطِع نصفها وجب نصف الدية ، وإن قُطِع ثلثاها وجب الثلثان ، وهكذا كل جزء من الأذن بحسابه (3) .

وثمة قولٌ ذكر عن الإمام مالك وهو عدم وجوب الدية في الأذنين إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب سمعهما ، فلا دية بل حكومة ، ووجه قوله : أنه لا مجال في ذلك للقياس وإنما طريقه التوقيف فما لم يثبت من قبيل السماء فيه دية فالأصل أن فيه حكومة (4) .

أما أهل الظاهر فلا حاجة عندهم فيما استدلل به الجمهور ، وبذلك فلا شيء عندهم في الأذنين إلا القود أو المفاداة في العمد ؛ لأنه جرح ، أما الخطأ فلا شيء فيه عندهم لعدم الدليل (5) .

أما الجناية على السمع بزواله من الأذنين ففيه الدية كاملة ، وهو ما لا خلاف فيه ، قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية ، وقد روي ذلك عن عمر ، وقال به مجاهد وقتادة والثوري والأوزاعي ، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول ابن المنذر ، وبه قالت الشيعة الإمامية .

(1) أخرجه البيهقي (ج 8 ص 85) . (2) البيهقي (ج 8 ص 85) .

(3) المغني (ج 8 ص 8) ونتائج الأفكار لقاضي زاده (ج 10 ص 282) والنباية (ج 10 ص 146 ، 147) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385) والأنوار (ج 2 ص 492) وسنن البيهقي (ج 8 ص 85) وأسهل المدارك (ج 3 ص 121) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 370) .

(4) بداية المجتهد (ج 2 ص 385) . (5) المحل (ج 10 ص 449) .

ولو ذهب السمع من أذن واحدة وجب فيه نصفُ الدية بغير خلاف ، ولو قُطِعَ أذناه فذهب سمعه كليًا فقد وجب في ذلك ديتان : واحدة للأذنين ؛ لأن ذهابهما ذهاب لجمال ، والثانية للسمع ؛ فإن فيه كمال المنفعة .

وكذلك لو أزال الأذن وسمعها معًا فيجب في ذلك دية ، ونصفها للأذن ، ونصفها الآخر للسمع ⁽¹⁾ ، وفي ذلك كله أخرج البيهقي عن معاذ بن جبل عن النبي ﷺ : « وفي الشَّمْعِ مائة من الإبل » ⁽²⁾ وذلك يدل على وجوب الدية كاملة في السمع كله ، وبذا ففي سمع الأذن الواحدة نصفُ الدية ، وفي الأذنين وسمعهما ديتان .

وهو قول الجمهور بخلافًا للمالكية ؛ إذ قالوا : لا تتعدّد الدية في ذهاب المنفعة مع ذهاب محلّها ، كما لو ضربه فقطع أذنيه فزال سمعه فعليه دية واحدة .

ولو كان النقص في السمع جزئيًا فقد وجب في ذلك قسْطُه من الدية كما لو كان مقدار السمع النصف أو الثلث أو الربع ، ففي ذلك من الدية يمثل هذه النسبة من السمع ، وإذا لم يُعرف قدر النسبة من النقص قضى في ذلك بحكومة ⁽³⁾ .

دية الشفتين

الشفَتان كلتاها مَخْفِظَةٌ للغم بما يحويه من أسنان ولسانٍ ولثةٍ ورطوبة ، فهما يدرآن عنه الأذى ويمنعانه من الهوام والأوساخ ويردان عنه القَبَارِ والريح فتظل فيه الرطوبة والريق جارئين ، وهما كذلك سببٌ عظيمٌ لتحقيق النطق وسلامة الكلام ، وفيهما من الجمال والمنفعة ما لا يخفى ، وهما عضوان ليس لهما في البدن مثلهما ، وبذلك أجمع العلماء على وجوب الدية كاملة في قطع الشفتين كليًا ⁽⁴⁾ .

وفي هذا جاء في حديث عمرو بن حزم عن النبي ﷺ : « وفي الشَّفَتَيْنِ الدية » ⁽⁵⁾ .

(1) المغني (ج 8 ص 9) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 303) ونتائج الأفكار لقاضي زاده (ج 10 ص 280) والبدائع (ج 7 ص 312) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385) والأنوار (ج 2 ص 420) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 370 ، 371) وأسهل المدارك (ج 3 ص 121) .

(2) البيهقي (ج 8 ص 85) .

(3) المغني (ج 8 ص 10) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) والأنوار (ج 2 ص 420) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 400 - 403) .

(4) بداية المجتهد (ج 2 ص 385) والمغني (ج 8 ص 14) والأنوار (ج 2 ص 413) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) .

(5) النسائي (ج 8 ص 58) .

وأخرج البيهقي عن زيد بن أسلم قال : « مضت الشئنة في أشياء من الإنسان فذكر الحديث قال فيه : « وفي الشفتين الدية » (1) .

أما الشفة الواحدة إذا قطعت فقد ذهب الجمهور إلى أن فيها نصف الدية ، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ؛ فقد قالوا بوجوب النصف من الدية في الشفة الواحدة ؛ وذلك لأن في تفويت الاثنين تفويتاً للجنس المنفعة أو كمال الجمال ؛ فيجب كل الدية ، وفي تفويت إحداهما تفويت للنصف ؛ فيجب نصف الدية (2) .

وثمة قول وهو أن في الشفة العليا ثلث الدية وفي السفلى الثلثين ، وهو مروى عن زيد بن ثابت ، وقال به سعيد بن المسيب والزهري ، وهو رواية عن أحمد وهو لإحدى الروایتين عن الشيعة الإمامية ، ووجه هذا القول هو أن منفعة الشفة السفلى أعظم من منفعة العليا ؛ لأن السفلى تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام في الفم ، بينما الشفة العليا ساكنة (3) .

ولو جنى على الشفتين بضربة فأشلهما وجبت فيهما الدية كاملة ؛ لأنهما قد ذهب جمالهما ومنفعتهما ؛ لأن التعلق وهو تفويت جنس المنفعة وليس تفويت الصورة فقط ، وكذا الشفة الواحدة لو سلت ففيها النصف (4) .

دية اللحيين

اللَّحْيَان : مشى ، ومفرده : اللَّحْي ، واللَّحْي مَثْبُت اللَّحْيَةِ من الإنسان وغيره ، وهذا في اللغة (5) ، ويُراد بهما - في الشرع - العَظْمَان اللَّذَان فيهما الأَسْنَانُ السفلى ، وذان فيهما منفعة وجمال للإنسان وليس في البدن نظير سواهما ؛ فكانت فيهما الدية كاملة كغيرهما بما في البدن منه شيان ، وكذا في اللَّحْي الواحد منهما نصف الدية ، ولو خُلِقَا بما عليهما من الأَسْنَان وجبت فيهما ديتان : واحدةً لِلَّحْيَيْنِ ، والأخرى للأَسْنَان ، وليس من تدخُل بين اللَّحْيَيْنِ والأَسْنَان في الأرواح ؛ لأن الأَسْنَانَ غير متصلةً باللَّحْيَيْنِ

(1) البيهقي (ج 8 ص 88) .

(2) نتائج الأفكار (ج 2 ص 413) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385) والأنوار (ج 2 ص 413) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 136) .

(3) المغني (ج 8 ص 14 ، 15) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 299) .

(4) نتائج الأفكار ومع شرح العناية (ج 10 ص 283) والأنوار (ج 2 ص 413) والمغني (ج 8 ص 15) .

(5) القاموس المحيط (ج 4 ص 387) ومختار الصحاح (ص 595) .

بل مغروزةً فيهما ، وينفرد كلٌّ من الطرفين باسم مستقل ، وذلك قول الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ، وهو الظاهر من أقوال الحنفية والمالكية فيما أحسب (1) .

دية اليدين

تجب الدية كاملةً في قطع اليدين ، وتجب في اليد الواحدة النصف ، وهو الذي عليه عامة أهل العلم ؛ وذلك لأن في اليدين جمالاً للإنسان ، وفيهما من وجوه المنافع ما لا يخفى ، وليس في البدن من جنس اليدين مواهما ، ويدل على وجوب الدية فيهما حديث عمرو بن حزم عن النبي ﷺ : « وفي اليد خمسون ، وفي الرجل خمسون » (2) .

وأخرج البيهقي وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قضى النبي ﷺ في اليد - إذا قطعت - نصف العقل ، وفي الرجل نصف العقل » (3) .

ويدل ذلك على وجوب العقل كاملاً في اليدين ، وهو ما لا خلاف فيه (4) ويستوي في اليدين من حيث العقل ما لو كانتا لشاب أو شيخ هريم أو طفل صغير ما برح الرضاع .

والمقصود باليد - التي يجب فيها العقل - موضع خلاف ، وفي ذلك قولان :

أحدهما : أن اليد هي العضو الذي يمتد من الكوع حتى المتيكب ، وجميع ذلك يطلق عليه اسم اليد بدليل قوله تعالى : ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ (5) وهو الظاهر من قول أهل اللغة ؛ إذ قالوا : اليد هي الكف أو من أطراف الأصابع إلى الكيف ، وعلى هذا لو قطع اليد من فوق الكوع - سواء كان القطع من الشاعد أو المرفق حتى المتيكب - فلم يقطع إلا يداً ، ولا يلزم بذلك أكثر من دية اليد ، وهو قول الحنابلة والمالكية ، وبه قال عطاء وقتادة والنخعي وأبو يوسف وابن أبي ليلى (6) .

(1) المغني (ج 8 ص 27) والأنوار (ج 2 ص 416) والأم (ج 6 ص 124 ، 125) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 300) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وأسهل المدارك (ج 3 ص 121) .

(2) السنائي (ج 8 ص 59) .

(3) البيهقي (ج 8 ص 91) وأبو داود (ج 3 ص 189) .

(4) المغني (ج 8 ص 27) والأنوار (ج 2 ص 416) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385)

وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401 ، 402) .

(5) سورة المائدة الآية (6) .

(6) المغني (ج 8 ص 27 ، 28) والقاموس المحيط (ج 4 ص 408) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 402)

والبداية (ج 7 ص 318) .

ثانيهما : أن اليد هي العضو المخصوص من رؤوس الأصابع حتى الكوع ، أي هي الكف مع الأصابع ، وعلى هذا لو قطعها من الكوع وجبت دية ودخلت حكومة الكف في الأصابع ، ولو قطع من الساعد أو المرفق أو المئكب وجبت دية في الكف مع الأصابع وزيدت حكومة في كل ما زاد عن ذلك ، وهو قول الحنفية والشافعية ، ووجه قولهم : أن الكف تابعة للأصابع أصلاً ، أما الذراع فليس بتابع للأصابع ؛ لأن الكف - وهي تابعة لها - لا تستمع غيرها ، أي لا يكون التابع متبوعاً ، وكذلك ما لو قطع اليد من المرفق أو العضد (الساعد) أو المئكب .

وبعبارة أخرى فإن كلاً من الذراع والمرفق والساعد والمئكب مع اليد عضوان ، بخلاف الكف مع الأصابع فإنهما كالعضو الواحد ، بدليل قطعهما من أجل الشربة ، وعلى هذا فإن ما علا الكف من ذراع حتى المئكب ليس من اليد ⁽¹⁾ .

قال الإمام الشافعي (رحمه الله) في هذا الشأن : وإذا قُطعت اليد من مفصل الكف ففيها نصف الدية ، وإن قُطعت من الساعد أو المرفق أو ما بين الساعد والمرفق ففيها نصف الدية وفي الزيادة على الكف حكومة ، يُؤاد في الحكومة بقدر ما يُؤاد على الكف ، ولا يبلغ بالزيادة - وإن أثت على المئكب - دية كف تامة ، وسواء اليد اليمنى واليسرى ويد الأعسر ويد غيره ⁽²⁾ .

ولو جنى على اليد فأشلتها ففيها الدية ؛ لأن الشلل يذهب بمنفعة اليد كلياً ، وذلك يُشبه ما لو ضربه على رأسه فأعمى عينيّه فتجب فيهما الدية ، ولو ضرب يده فألحق بها ضرراً يبيئها كما لو أصابها بعُرج أو ضعف أو تشويه أو غير ذلك من وجوه الشين ففيه حكومة ⁽³⁾ .

دية الرجلين

يجب في الرجلين كمال الدية ، وفي الواحدة منهما النصف ، يستوي في ذلك الأعرج والصحيح ، وما بيناه من تفصيل في اليدين ينسحب على الرجلين ، وبذلك فإن

(1) البدائع (ج 7 ص 318) والأنوار (ج 2 ص 416) والأم (ج 6 ص 72) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 4 ص 137) .
(2) الأم (ج 6 ص 72) .

(3) المغني (ج 8 ص 28) والأنوار (ج 2 ص 416) ومعه حاشية الكشري (ج 2 ص 416 ، 417) والأم (ج 6 ص 73) والبدائع (ج 7 ص 314) .

مَفْصِلُ الكعابين يشبه في الحكم مَفْصِلَ اليدين ، وقد ذهب إلى ذلك عامة أهل العلم وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية ، وهو قول أبي ثور وإسحق والثوري وقادة (1) .

ويدل على الدية في الرجلين حديث عمرو بن حزم عن النبي ﷺ : « وفي الرجل الواحدة نصف الدية » (2) .

• ومن رواية أخرى للنسائي من حديث عمرو بن حزم : « وفي اليد خمسون ، وفي الرجل خمسون » (3) .

وثمة قول بأن العرج يُنْقَصُ أرْشُ الرجل عن النصف إلى الثلث كالكيد الشَّلَاءِ ، وهو قول ضعيف ، والصحيح أن في العرجاء النصف لكمال منفعتها ، أما الرجل الشَّلَاءِ أو اليد الشَّلَاءِ ففيها حكومة فقط (4) .

دية التَّحْنِيزِ

اتفقت كلمة العلماء على وجوب الدية في تَحْنِيزِ المرأة كليهما ، وأن في التثدي الواحد منهما نصف الدية ، قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية ، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ، وقال به الحسن وسعيد والشعبي والزهري ومكحول وقادة والثوري ؛ وذلك لأن في الثديين جمالاً للمرأة ومنفعةً فهما كاليدين والرجلين ، وهما عضوان ليس في البدن نظيرٌ لهما فوجب فيهما الدية ، وفي الواحد منهما النصف (5) .

أما لو قطع حَلَمَتَيِ الثديين فثمة قولان في كيفية الأرش فيهما :

القول الأول : تجب فيهما الدية كاملة لفوات منفعة الإرضاع وعدم استمساك اللبن

(1) المغني (ج 7 ص 35) والأَنْوَارُ (ج 2 ص 417) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 302) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وأسهل المدارك (ج 3 ص 135) .

(2 ، 3) النسائي (ج 8 ص 59) .

(4) المغني (ج 8 ص 29) والأَنْوَارُ ومعه حاشية الكمثري (ج 2 ص 417) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 402) .

(5) المغني (ج 8 ص 30) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وسنن البيهقي (ج 8 ص 97) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 301) والأَنْوَارُ ومعه حاشية الكمثري (ج 2 ص 417) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) .

في الثَّدي ، والحلمتان هما السَّبِيلُ للصَّبِيِّ كما يُوَضَّع ويشرب اللبن ، أما لو قطع الثديين فليس فيهما غيرُ الدِّيةِ كاملةً وتندرج فيهما الحلمتان ، ولو قطع معهما شيئاً من جلدة الصدر فقد وجب في ذلك ديةٌ وحكومةٌ .

ولو ضرب ثديها فأشْلَهْما ففيهما الدِّيةُ كذلك ، وفي الواحد منهما النصفُ ، وقد ذهب إلى ذلك كلُّ جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ، وهو قول الشعبي والنخعي ⁽¹⁾ .

القول الثاني : إذا انقطع اللبنُ بقطع الحلمتين وجبت الدِّيةُ كاملةً ، وإذا لم ينقطع اللبنُ فقد وجب فيهما حكومةٌ ، وهو قول المالكية ، ووجهُ ذلك : أن الدِّيةَ إنما تجب لقطع اللبن وليس لقطع الحلمتين ؛ بدليل أنه لو أبطل اللبنُ بدون قطع فقد وجبت فيه الدِّيةُ ، أما لو قطعهما ولم يُقَسَّدِ اللبنُ فحكومةٌ ⁽²⁾ .

أما ثديا الرجل - وهما الثَّدَوَتان - فإن في قطعهما حكومةٌ ؛ لأنه ليس في قطعهما تفويتٌ لمنفعة كما لو قطع يداً شلاءً ، وقد ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية ، وبه قال ابن المنذر والنخعي ⁽³⁾ .

وذهبت الحنابلة إلى وجوب الدِّيةِ في الثَّدَوَتَيْنِ للرجل ؛ لأنهما عضوان ليس في البدن من جنسهما سواهما ؛ فوجبت فيهما الدِّيةُ كالثديين والرجلين ⁽⁴⁾ .

دية الأليتين

الأليّة معناها : العَجِيزَةُ أو ما رَكِبَ العَجُزُ من شَحْمٍ ولحمٍ ، والجمع : أليّات وألایا ، ولا يقال : إليّة - بالكسر - ولا إليّة ⁽⁵⁾ .

والأليتان تجب فيهما الدِّيةُ ، وفي الواحدة النصفُ ، وقد ذهب إلى ذلك العلماء وفيهم الشافعية والحنابلة والمالكية والشيعة الإمامية في قول لهم وهو الظاهر من قول الحنفية ، قال ابن المنذر في هذا الشأن : كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون : في

(1) المغني (ج 8 ص 30) والأنوار (ج 2 ص 417) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 301) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) .

(2) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 410) .

(3) نتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) وبلغة السالك على شرح الدردير

(ج 2 ص 401) . (4) المغني (ج 8 ص 31) .

(5) القاموس المحيط (ج 4 ص 302) .

الأتيتين الدية ، وفي كل واحدة منهما نصفها ، وهو قول عمرو بن شعيب والنخعي .
 ووجه ذلك : أن الأتيتين ليس في البدن من جنسهما سواهما ، وهما عضوان فيهما
 للإنسان جمالاً ظاهرٌ يدل عليه حسنُ خلقته المتكاملة وهيئته المتوازنة ، وفيهما كذلك
 منفعةٌ ؛ إذ يجلس عليهما الإنسان ويستريح ، أما إذا قطع بعض أليته فإنه يجب فيه
 قشطه من الدية إذا أمكن ضبطه ، وهو أن يُقاس الجزء المقطوع على جميع الألية . وإذا
 لم يمكن ضبطه وجبت فيه حكومة⁽¹⁾ .

أما المالكية فقالوا : في أليتي الرجل حكومة ، أما أليتا المرأة ففيهما قولان في المذهب :
 أحدهما : تجب فيهما الدية ، وهو الذي عليه أكثر أهل العلم .
 ثانيهما : تجب فيهما حكومة قياساً على أليتي الرجل وهو المشهور في المذهب⁽²⁾ .

دية الأنثيين

الأنثيان هما البيضتان في الرجل ، وهما مصدر القدرة على الجماع والإخصاب ،
 فيجب في قطعهما الدية وهو ما لا خلاف فيه⁽³⁾ ، ويدل على ذلك حديث عمرو بن
 حزم عن النبي ﷺ : « وفي البيضتين الدية »⁽⁴⁾ ، وكذلك فإن في البيضتين للإنسان
 جمالاً ومنفعةً ، أما الجمال فهو باكمال الهيئة وحسن الصورة على التمام ، وأما المنفعة
 فإنهما مبعث القدرة على الجماع ولا يكون النسل إلا بهما فوجب فيهما الدية كاملةً ،
 وذلك بالجناية عليهما بقطعهما أو سلهما أو رضهما⁽⁵⁾ .

ويجب في البيضة الواحدة نصف الدية وقد ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم ؛
 لأن الدية إذا وجبت في شيئين من جنس واحد من البدن كالبيضتين فقد وجب نصف
 الدية في البيضة الواحدة .

ورثة قول على أن في البيضة اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها ؛ لأن النسل إنما

(1) المغني (ج 8 ص 31) وأسهل المدارك (ج 3 ص 138) والأم (ج 6 ص 74) وشرائع الإسلام للحلي
 (ج 2 ص 302) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) .

(2) ، (3) أسهل المدارك (ج 3 ص 134 ، 138) . (4) النسائي (ج 8 ص 58) .

(5) المغني (ج 8 ص 34) وأسهل المدارك (ج 3 ص 137) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 282) وحاشية
 الشرفاوي (ج 2 ص 364) والأم (ج 6 ص 74) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 301) .

يكون بالبيضة اليسرى (1) .

دية الحاجبين

اختلفت كلمة العلماء في أرض الحاجبين ، فقد ذهبت الحنفية والحنابلة إلى أن في الحاجبين الدية كاملة بإزالتهما على وجه لا يُزجى معه عؤُدهما ، كما لو صبَّ عليهما ماءً حارًّا أو مادة حارقة أو كاوية أثلثت مَنَتَهُما فيجب فيهما الأَرشُ كاملاً - وهو الدية - وفي الواحد منهما نصفُ الدية ؛ لأن في إزالتهما إذهابًا للجمال على الكمال ، ولأن الحاجبين عضوان ليس في البدن من جنسهما سواهما (2) .

وذهبت الشافعية والمالكية إلى أن في الحاجبين حكومةً بقدر الأُلم والشئُ الناجمين عن إزالتهما بتنفٍ وغيره ، سواء أُنبتَا بعد الإزالة أو لم يُنبتَا (3) .

وذهبت الشيعة الإمامية إلى أن في الحاجبين كليهما شتمشمانة دينار ، أي نصفُ الدية ، وفي الحاجب الواحد نصفُ هذا المبلغ ، أي ربعُ الدية (4) .

أما لو جنى على الحاجبين جناية أذهب بها بعضُ الحاجبين أو بعضُ أحدهما وجب في ذلك قسْطُه من الدية ويُقدَّرُ الداهِبُ بالقياس إلى مساحة الحاجبين .

دية الأسكتين

الإسكتان - بكسر الهمزة وفتحها - هما : شَفَرَا الرِّجَم ، أو جانباه مما يلي شَفْرَتِهِ ، أو هما اللحمُ المحيطُ بالفَرْج من جانبيه (5) .

وللعلماء تفصيل في حكم الأسكتين إذا قُطعا أو أثلغا بشلل أو غيره ، وذلك من حيث الضمان ومقداره ؛ فقد ذهبت الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية إلى أن في الأسكتين الدية كاملة وفي الواحد منهما النصف ؛ ذلك أن الأسكتين للمرأة فيهما جمالٌ للمرأة على الكمال وفيهما كذلك منفعة ، فهما سبيلُ الإنجاب حيث يخرج الولدُ عند الوضع ، فضلاً عن الاستمتاع بلذة الجماع .

(1) المغني (ج 8 ص 34) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 302) .

(2) نتائج الأفكار (ج 10 ص 282) والمغني (ج 8 ص 10 ، 11) .

(3) الأم (ج 6 ص 123) وأسهل المدارك (ج 3 ص 134) والأُنوار (ج 2 ص 412) .

(4) شرائع الإسلام (ج 2 ص 298) .

(5) القاموس المحيط (ج 3 ص 302) والمغني (ج 8 ص 41) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) .

ويستوى في الأسكتين ما لو كانا لصغيرة أو شابة أو عجوز ، وسواء كانت المرأة بكراً أو نكحاً أو زناً ، ولو قُطِعَ الإسكتين مع الزُكْب (العانة) فقد وجبت في الأسكتين دية وفي العانة حكومة (1) .

أما المالكية فقولهم قريب من ذلك في المسألة ؛ إذ قالوا بوجوب الدية في شفري المرأة إن بدا العظم ، فإن لم يظهر العظم فحكومة ، وفي أحد الشفرين إن بدا العظم نصف الدية ، وقالوا في تعريف الشفرين : أنهما اللحمان المحيطان بالفَرْجِ الْمُطْطَيَّانِ للعظم (2) .

النوع الثالث : ما منه في البدن أربعة أعضاء .

والأعضاء التي في البدن منها أربعة ، نوعان هما :

أحدهما : أشفار العينين

الأشفار : جمع ، ومفرده : الشُفْر - بضم الشين - ، والأشفار : هي حروف الأجفان التي يثبت عليها الشُعْر - وهو الهُذْب - وحرفٌ كلُّ شيء شُفْرُه ، وبعبارة أخرى فإن أشفار العينين هي منابِثُ الأهداب (3) .

ويجب في الأشفار الأربعة دية وفي كل شُفْرِ منها ربع الدية ، وذلك لما في الأشفار من جمال على الكمال ولما فيها من منفعة . فهي تصون العيون وتحفظها من الحرِّ والبرد وتدرأ عنها الأذى ، والأشفار كذلك أعضاء ليس في البدن من جنسها سواها ؛ فوجب فيها الدية بقلعها أو إتلافها ، وقد ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية .

وهو قول الحسن والشعبي وقتادة والثوري . وما أصيب من جفون العينين ففيه من الدية بحسابه (4) .

قال الإمام الشافعي في هذا الشأن : وإذا قُطِعَ جفون العينين حتى يستأصلها ففيها

(1) المغني (ج 8 ص 42) والأم (ج 6 ص 75) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 302) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 371) .

(2) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 401) وأسهل المدارك (ج 3 ص 138) .

(3) مختار الصحاح (ص 341) والمغني (ج 8 ص 7) .

(4) المغني (ج 8 ص 7) وحاشيتا القلوبي وعميرة (ج 4 ص 135) والأم (ج 6 ص 123) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 298) والبدائع (ج 7 ص 311) .

الدية كاملة ، في كلِّ جفْنِ رِبْعِ الدية ؛ لأنها أربعة في الإنسان وهي من تمام خِلْقَتِهِ ومما يألم بقطعه ؛ قياساً على أن النبي ﷺ جعل في بعض ما في الإنسان منه واحدَ الدية ، وفي بعض ما في الإنسان منه اثنان نصفَ الدية ، ولو فقاً العينين وقطع جفونهما كان في العينين الدية وفي الجفون الدية ؛ لأن العينين غير الجفون (1) .

أما المالكية فقد استثنوا من وجوب الدية جملة أشياء منها : أشفاؤُ العينين وأهدابهما ، فلا دية فيها بل حكومة .

جاء في المدونة قوله : ليس في الجفون العين وأشفاؤها إلا الاجتهاد .

وجاء في حاشية الخرخشي قوله كذلك : شَعْرُ العينين وشعرُ الهُذْب من فوق ومن أسفل وشعرُ الحاجب واللحية لا قصاص فيه ، وفيه الحكومة إذا لم يثبت (2) .

والأهداب : مفردة الهُذْب ، وهذب العين ما نبت من الشعر على أشفاها (3) .

وفي أرش الأهداب إذا نُتِفَا فلم يثبت خلاف ، فقد ذهبت الحنفية والحنابلة والشيعة الإمامية إلى أن فيها دية وفي الهذب الواحد ربع الدية ؛ لأن في الأهداب جمالاً للإنسان ومنفعة ؛ فإن الأهداب تقي العينين مما يؤذيها من الحر أو البرد أو الغبار أو الريح وغير ذلك من وجوه الأذى ، وهي كذلك أعضاء ليس في البدن من جنسها سواها ؛ فوجب فيها الدية كاملة إذا أُزيلت فلم تنبت (4) .

وذهبت الشافعية والمالكية إلى أنه لا تجب في الأهداب دية بل حكومة وذلك إذا نُتِفَت الأهداب فلم تنبت (5) .

قال الشافعي في ذلك : ولو نُتِفَ أهدابهما فلم تنبت كان فيها حكومة (6) .

ولو قطع الأُجْفَان بأهدابهما لم يجب أكثر من دية ؛ لأن الأهداب تدخل حكومتها في دية الأُجْفَان كما تدخل حكومة الشَّفْرِ على الموضحة في أرش الموضحة ، وحكومة الأظفار في

(1) الأم (ج 6 ص 123) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 134) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 402) وبداية المجتهد (ج 2 ص 385) .
(3) مختار الصحاح (ص 491) .

(4) المغني (ج 8 ص 7 ، 8) والبدائع (ج 7 ص 311) .

(5) الأم (ج 6 ص 123) وأسهل المدارك (ج 3 ص 134) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 402) .
(6) الأم (ج 6 ص 123) .

الأصابع ، ومن جهة أخرى فإن الشعور يزول لزوال الأجناف فلم تُفرد (الأهداب) بضمان⁽¹⁾ .

ثانيهما : دية الأصابع

تجب في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عَشْر من الإبل ، وقد ذهب إلى ذلك عامة العلماء وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر والشيعة الإمامية ، وهو قول فريق من السلف فيهم عمر وعلي وابن عباس ، وقال به مسروق وعروة ومكحول والشعبي والثوري والأوزاعي وأبو ثور ، ويستدل على ذلك من السنة بما أخرجه الترمذي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « في دية الأصابع - اليدين والرجلين - سواء عَشْر من الإبل لكل أصبع »⁽²⁾ .

وبذلك فإنه يستوي في مقدار الأرض كل الأصابع من اليدين والرجلين فهي جميعاً في حجم العقل سواء من غير تمييز بين أصبع وأخرى ، سواء في ذلك السَّيِّئَةُ أو الإبهام أو الخنصر أو غير ذلك ، وسواء في ذلك أصابع الصغير والكبير ؛ فقد أخرج أبو داود عن أبي موسى عن النبي ﷺ قال : « الأصابع سواء عَشْر عَشْر من الإبل »⁽³⁾ .

وأخرج أبو داود عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « هذه وهذه سواء » يعني الإبهام والخنصر⁽⁴⁾ .

وأخرج أبو داود كذلك عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء »⁽⁵⁾ .

وأخرج النسائي عن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ بعث معه بكتاب إلى أهل اليمن جاء فيه « وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عَشْر من الإبل »⁽⁶⁾ .

ويستدل على ذلك بالنظر وهو أن الأصابع جنس ذو عددٍ متميزٍ ومتكاملٍ فيه للإنسان جمالاً ومنفعةً ؛ فوجب فيه ديةٌ كاملةٌ كسائر الأعضاء الأخرى في الجسد مما يجب فيه ديةٌ كاملةٌ كالأنف واللسان والشفتين والعينين والأجناف والأسنان ، وهو ما لا خلاف فيه⁽⁷⁾ .

(1) الأنوار (ج 2 ص 412) والمغني (ج 8 ص 8) .

(2) الترمذي (ج 4 ص 13) .

(3) النسائي (ج 8 ص 58) .

(4) المغني (ج 8 ص 36) والمغلي (ج 10 ص 435) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 301) وحاشية الشرفاوي

(ج 2 ص 371) والبنابة (ج 10 ص 149) وبداية المجتهد (ج 2 ص 387) وبلغة السالك (ج 2 ص 402) .

على أن الأصبع فيه ثلاث أُناملٍ عدا الإبهام ففيه أُنملتان ، والأُنملة - في اللغة - : مفردة ، وجمعه : الأُنامل ، وهي رِعوس الأصابع حيث الأظفار ، ويراد بها - في الشرع - المفاصل التي تكون في الأصابع ، وكلُّ أُنملة من الأصابع من غير الإبهام يجب فيها ثلث دية الأصبع ، وهي ثلاثة أبرة وثلث ، أما أُنملة الإبهام ففيها نصف دية الأصبع ، وهي خمس من الإبل ، وبعبارة أخرى فإن كلَّ أصبع فيها ثلاثة مفاصل يجب في الواحد منها ثلث دية الأصبع ، وما فيها مفاصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع ، وذلك بالنظر لتقسيم دية الأصبع على عدد الأُنامل فيه (1) .

أما الأصبع الزائدة فتجب فيها حكومة ، وهو قول الشافعية والحنابلة ، والحنفية في الظاهر من مذهبهم ؛ وذلك لأن الأصْبُع الزائدة ليس فيها منفعة للإنسان ولا جمالاً ؛ فلا ينبغي أن تُقاس الزائدة من حيث أُرْسُها ها على الأصبع الأصلية حيث المنفعة الكاملة وحيث الجمال على الكمال ، وعلى هذا ففي الأصبع الزائدة حكومة (2) .

أما المالكية فقالوا : إن الإصْبُع الزائدة مساوية للإصْبُع الأصلية في الأرض ، وهو عُشْرُ الدية ، وذلك إن كانت الزائدة قويةً ومساوية للأصلية في القوة (3) .

وثمة قول بأن في الإصْبُع الزائدة ثلث الأصلية ؛ قياساً على وجوب الثلث في اليد الشَّلَاء ، وهو مروى عن زيد بن ثابت ، وقالت به الشيعة الإمامية (4) .

والْحَكْمُ في أصابع اليدين ينسحب تمامًا على أصابع الرجلين فهما في الحكم سواء ؛ وذلك لعموم الأخبار في أُرُوش الأصابع .

دية الأسنان

الأسنانُ : اسم جنس يدخل تحتها اثنان وثلثون سنًا ، منها : الثنايا وهي الأسنان المتقدمة ، وهي اثنان أعلى واثنان أسفل ، ثم الرباعيات وهي ما يلي الثنايا ، وهي اثنان أعلى واثنان أسفل ، وهي ثلثي الرباعيات ، وهي اثنان أعلى واثنان آخران أسفل ،

(1) نتائج الأفكار (ج 10 ص 282 ، 283) والأنوار ومعه حاشية الكمثري (ج 2 ص 416) وأسهل المدارك

(ج 3 ص 135) ومختار الصحاح (ص 681) والقياموس المحيط (ج 4 ص 62) والمغني (ج 8 ص 36) .

(2) المغني (ج 8 ص 36) والام (ج 6 ص 76) والبنية (ج 10 ص 140) .

(3) أسهل المدارك (ج 3 ص 135) .

(4) المغني (ج 8 ص 36) وشرائع الإسلام للحلي (ج 2 ص 301) .

ثم الضواحك وهي تلي الأنياب ، وهي ثنتان أعلى وثنتان أسفل ، ثم اثنا عشرة سنًا تسمى بالطواحن وهي في كل جانب ثلاثٌ أعلى وثلاثٌ أسفل ، ثم بعدها سِنٌّ وهي آخرُ الأسنان ويُسمَّى ضرسُ الحِلْمِ ؛ لأنه يثبت بعد البلوغ وقتَ كمالِ العقل وهي أربعة أضراسٍ اثنان من أعلى واثنان من أسفل ، وتلكم اثنان وثلاثون .

وبعبارة أخرى فإنَّ الأسنانَ اثنان وثلاثون ، منها عشرون ضروسًا وأربعة أنياب ، وأربع ثنايا ، وأربع ضواحك (1) .

ويجب في كلِّ سِنٍّ من هذه الأسنان خمسةُ أبعة إذا قُلِّعت أو أُثِّلِفَتْ فذهبت منفعتها كليًا ، وذلك إن كانت السنُّ من أنثى (2) ، ويستوي في ذلك الأسنان والأضراس والأنياب فمقدارُ الأرض في كلِّ منها سواء ، وذلك الذي عليه عامةُ أهل العلم ، وقد روي ذلك عن عمر وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاووس والزهري وقتادة والثوري ، وبه قالت الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية في الجملة (3) .

وفي هذا أخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « في الأسنان خمسون » (4) .

وأخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب كذلك - من حديث طويل - قال : « قضى رسول الله ﷺ في الأنف - إذا مجذع - الدية كاملة ... وفي الأسنان في كلِّ سن خمسون من الإبل » (5) .

وأخرج أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء : الثَّيْتَةُ والضُّرُسُ سواء ، هذه وهذه سواء » (6) .

(1) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 10 ص 283) والمغني (ج 8 ص 21) والأنوار (ج 2 ص 414) والبدائع (ج 7 ص 315) .

(2) أنثى الغلام : يقال أُلْقِيَ ثَغْرُهُ ونبت ثَغْرُهُ : وذلك إذا سقطت أسنانهُ الغلام أو راضعته ، وهو من الأثفار - بتشديد التاء وهو في النبات والسقوط والأثفار سقوط سن الصبي ونبتاتها ، والمراد به هنا السقوط ، انظر لسان العرب (ج 4 ص 104) والقاموس المحيط (ج 1 ص 397) .

(3) المغني (ج 8 ص 21) والبدائع (ج 7 ص 315) والأنوار (ج 2 ص 414) وبدلية المجتهد (ج 2 ص 388) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 403) وأسهل المدارك (ج 3 ص 138) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 10 ص 283) وشرائع الإسلام (ج 2 ص 300) .

(4 ، 5) أبو داود (ج 4 ص 189) . (6) أبو داود (ج 4 ص 188) .

وجاء في كتاب النبي ﷺ إلى أهل اليمن : « وفي الثمن خمس من الإبل » (1) .
وفي الأسنان للإنسان جمالاً لما فيها من لحسن الصورة وتماها ، ومن كمال الهيبة بما لا يخفى ، وفيها كذلك منفعة في مضغ الطعام وتيسير أكله ، وما من واحد في الأسنان من نبيجة أو رباعية أو ضروس أو ناب إلا وله مقام محسوب في عملية المضغ وفي جمال الصورة ، وهو ما يقتضي أن تكون الأروش للأسنان متساوية ، وهو ما يؤيده الحديث : « النبيجة والضروس سواء ، هذه وهذه سواء » فيدخل في عموم ذلك كل الأسنان سواء فيها الأضراس والثنايا والأنياب ؛ إذ لم يُفصل بين سن وسن في مقدار الأرض ، وبذلك يزيد الواجب في أروش الأسنان جميعاً على مقدار الدية كاملة ، وعلى هذا لو ضرب شخصاً فألقي أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة أخماس الدية ؛ لأن في السن الواحدة خمساً من الإبل ومجموع الأسنان اثنان وثلاثون ، فجميع الأروش مائة وستون بعيراً وتلكم دية وثلاثة أخماسها ، وذلك الذي عليه جمهور العلماء ، خلافاً لما قيل بوجوب دية واحدة في الأسنان كلها وهي رواية عن أحمد ، والصواب قول الجمهور ؛ فإنه ليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان (2) .

على أن هذا الضمان إما يجب في حق من أثّر وهو الذي أبذل أسنانه ثم بلغ من العمر حداً إذا قُيعت عنده سنه لم يعد بدل لها ، أما الصبي الذي لم يُثَقَّر - وهو الذي لم تسقط أسنانه ولم يبدلها بعد بأسنان ثواب - فلا يجب في قلعها شيء ، وهو ما لا خلاف فيه ، وبذلك فسّر الصبي إذا ضُرب عليها فسقطت ، فإن كان قد أثّر فيه سنّ البالغ سواء ، أما إذا لم يُثَقَّر بعد فلا شيء فيه إلا حكومة من أجل الألم أو الشؤن ، وقيل : فيها أجره الطيب (3) .

ولو ضرب سنّه فتغير لونها إلى السواد أو إلى الحُمْرة أو إلى الخُضرة وجب فيها الأرض تأمناً ، لأنه قد ذهبت منفعتها وذلك بمنزلة ذهاب العضو نفسه ، وإن كان التغير إلى الصبْرة ففيها حكومة ؛ لأن الصبْرة لا توجب فوائد المنفعة بل توجب نقصانها فوجبت بذلك حكومة ، وهو قول الحنفية ، وهو كذلك رواية عن الحنابلة في التغير إلى السواد

(1) السامي (ج 8 ص 58) .

(2) البدائع (ج 7 ص 315) والمغني (ج 8 ص 21) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 372) وأسهل المدارك

(ج 3 ص 139) ونتائج الأفكار (ج 10 ص 283) .

(3) البدائع (ج 7 ص 316) والمغني (ج 8 ص 22) والأنوار (ج 2 ص 419) .

والخُضْرَة دون الصفرة والحمرة ففيها عندهم (الحنابلة) حكومة لنقص جمالها ⁽¹⁾ .

وقالت الشافعية : إذا ضرب سناً فاشوَّذَتْ فإن فاتت المنفعة مع الاشوَّاد وجب الأرض وإلا فحكومة ، ولو اخضرت أو اصفرَّت وجبت الحكومة ، وحكومة الاخضرار أقل من الاصفرار ، وحكومة الاصفرار أقل من حكومة الاسوداد ⁽²⁾ .

أما المالكية : فتجب عندهم دية السن إذا تغيرت إلى السواد لذهاب جمالها ، أما لو اخمرت أو اصفرَّت بعد بياضها ، فإن كانت الحمرة أو الصفرة من حيث العرف كالسواد في إذهاب الجمال ؛ فقد وجبت فيها الدية وهي خمسة أبعة ، وإذا لم تكن كالسواد عُوقاً وجب فيها من الأرض بحساب ما نقص ، والمراد بالعرف ما يقرُّوه أهل المعرفة ⁽³⁾ .

على أن السن تُطلق على ما ظهر من اللثة فكان بارزاً مستبيناً ، أما ما كان مغوراً منها في داخل اللثة فهو سنخ ، والسنخ بكسر السين معناه : الأصل ، وهو من السن منبثه ⁽⁴⁾ .

وتجب دية السن كاملة بقلع ما ظهر منها ؛ لأن ذلك هو المستسنى سناً ، ولأن الجمال والمنفعة من القضب والمضغ وجمع الرقيق ونحو ذلك من الفوائد إنما يتعلَّق بالظاهر من السن .

ولو كسر أحد سناً لآخر ثم جاء ثالث فقلع السنخ من داخل اللثة ، فقد وجب في السن ديتها كاملة ، وهي نصف عُشر الدية أي خمسة أبعة ، ووجبت في السنخ حكومة ، أما لو قلع السن سنخه معاً وفي إن . لم يجب في ذلك أكثر من دية السن وهي خمسة أبعة ؛ لأن حكومة السنخ تدخل في أرض السن ، أما لو فعل ذلك مرتين ، وهو أن يقلع السن أولاً ثم يعود مرة أخرى ليقلع السنخ ؛ فقد وجب في حق الجاني دية وحكومة ؛ وذلك لوجوب الدية في قلع السن أولاً ثم وجوب الحكومة في قلع السنخ ثانية ⁽⁵⁾ .

ولو كسر بعض السن فيجب في المكسور قسطه من الأرض ، فإن كان قد ذهب من السن نصفه وجب فيه نصف ديته ، وإن ذهب منه ثلثه وجب فيه ثلث ديته وهكذا .

(1) البدائع (ج 7 ص 119) والمغني (ج 8 ص 21) .

(2) الأنوار (ج 7 ص 419 ، 416) والأم (ج 6 ص 127) .

(3) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 7 ص 401) .

(4) القاموس المحيطة (ج 1 ص 271) .

(5) المغني (ج 8 ص 24) والأنوار ومعه حاشية الكنتري (ج 2 ص 414) وبلغة السالك على شرح الدردير

(ج 2 ص 403) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 172) .

ولو كانت سيئه مضطربة لكثير أو مرضى وفيها منفعة من مضغ الطعام ونحوه فقلعها فقد وجبت فيها ديتها ، أما لو كانت منافع السن معدومة لتلفها أو اضطرابها كلياً كان فيها حكومة .

وإن لم تبطل منافعتها بل نقصت كان فيها من الأرش بقدر منفعتها ⁽¹⁾ ولو زادت الأشتان على اثنتين وثلاثين كان في السن الزائدة حكومة ؛ وذلك لما يحدث القلع من الألم ، وهو قول جماعة فيهم الشافعية في الأصح من أحد قوليهما ، وهو الظاهر من مذهب الحنفية ⁽²⁾ .

* * *

(1) المنهي (ج 8 ص 24 ، 25) والأنوار (ج 2 ص 415) .

(2) الأنوار (ج 2 ص 416) والبدائع (ج 7 ص 315) .

قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَرَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْرَءُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا ﴾ . وَإِذَا كُنْتُمْ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكُمْ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِهِمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكُمْ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَهُمْ وَذَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغفلُوا عَنْ أَسْلِحِهِمْ وَأَنْتِغَارِكُمْ فَيَسِيلُونَ عَلَيْهِمْ مِثْلَ بَاحِلَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرَضًا أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُبِينًا ﴾ .

صلاة الخوف

صلاة الخوف من حيث كيفيةها لها هيئات مختلفة ؛ لأن النبي ﷺ قد صلاها على أشكال متعددة ومتباينة متوخيا بذلك ما هو أحوط للصلاة وأبلغ في الحراسة وأكثر ؛ تحقيقا لسلامة المصلين من سطوة العدو وغدره ، وذلك أن الكافرين - لفرط غيظهم ومكرهم - يربصون بالمسلمين ساعة غفلة أو تقصير أو ذهول ليميلوا عليهم ميلا واحدة فيجتنسهم اجتناسا ؛ لذلك فقد صلى النبي ﷺ صلاة الخوف على صور مختلفة ومتعددة حتى قيل إنه صلاها في عشرة مواضع وقيل : صلاها أربعاً وعشرين مرة (١) .

إذا ثبت هذا فصلاة الخوف ليس لها هيئة واحدة يلتزم المسلمون بأدائها دون غيرها في أحوال الخوف من العدو ، بل ثمة أشكال وهيئات مختلفة في كيفية الصلاة حال الخوف ، ولو أذى المسلمون صلاة الخوف على أية هيئة من هذه الهيئات فإنها تجزئهم .

بعد هذه التقدمة نعرض لجملة هيئات من صلاة الخوف تبعا لما يثبت الشئ في المسألة وما للفقهاء في ذلك من أقوال ، نعرض لذلك كله بتبيان الهيئات التالية لصلاة الخوف :
الهيئة الأولى : وهي ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد ، وأبو يوسف في رواية عنه ، وذلك ما لو كان العدو في غير ناحية القبلة .

فقد قال هؤلاء : تقوم طائفة مع الإمام وطائفة بإزاء العدو فيصلّي بهم ركعة وسجدين ثم يتصرفون إلى مقام أصحابهم ثم تأتي الطائفة الأخرى التي بإزاء العدو

فيصلي بهم ركعة وسجدين ويسلم وينصرفون إلى مقام أصحابهم ثم تأتي الطائفة التي بإزاء العدو فيقضون ركعة بغير قراءة ويشهدوا ويسلموا ويذهبوا إلى وجه العدو ثم تأتي الطائفة الأخرى فيقضون ركعة وسجدين بقراءة (1).

وبعبارة أخرى فإن الإمام يجعل المسلمين طائفتين ، طائفة تصلي معه والأخرى في مواجهة العدو تحمّز المسلم ، فيصلي الإمام بالطائفة التي معه ركعة وسجدين ينصرفون بعدها من غير تسليم ؛ لمواجهة العدو ، ثم تأتي الطائفة الأخرى فتصلي مع الإمام ركعة وسجدين كذلك ثم يسلم الإمام ولا يسلمون بل يقومون ليصلوا لأنفسهم ركعة ثم يسلموا وينصرفوا في مواجهة العدو ثم تأتي الطائفة الأخرى التي في مواجهة العدو ليصلوا لأنفسهم ركعة ثانية يسلمون بعدها ، وبذلك يصلي الإمام مع كل طائفة ركعة وسجدين .

ودليل ذلك ما أخرجه مشيتم عن ابن عمر قال : « صلى رسول الله ﷺ صلاة الخوف بإحدى الطائفتين ركعة والطائفة الأخرى مواجهة العدو ثم انصرفوا وقاموا في مقام أصحابهم مقبلين على العدو ، وجاء أولئك ثم صلى بهم النبي ﷺ ركعة ثم سلم النبي ﷺ ، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة » (2) .

وفي لفظ آخر لمسلم عن ابن عمر قال : « صلى رسول الله ﷺ صلاة الخوف في بعض أيامه فقامت طائفة معه وطائفة بإزاء العدو فصلّى بالذين معه ركعة ثم ذهبوا وجاء الآخرون فصلّى بهم ركعة ثم قضت الطائفتان ركعة ركعة » ، قال ابن عمر : فإذا كان خوف أكثر من ذلك فصلّى راجعاً أو قائماً تومئ إيماءً (3) .

الهيئة الثانية : وهو مذهب الشافعية إذ قالوا : إذا كان العدو في جهة القبلة جعل الإمام الناس صفين فيصلي بهم جميعاً فإذا سجد الإمام سجد معه الصف الذي يليه ، وقيل : سجد معه أحد الصفين ، ولا فرق بين القولين - وظل الصف الآخر قائماً يحرسهم فإذا قام الساجدون سجد الحارسون ولحقوا بالإمام فإذا ركع الإمام واعتدل بالجميع سجد وسجد معه الصف الذي حرسهم في الركعة الأولى وحرسهم الذين سجدوا فيها (الأولى) فإذا جلس الإمام سجد الحارسون ولحقوا بهم وتشهد الإمام بالجميع وسلم (4) .

(1) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 236) والبدائع (ج 1 ص 243) .

(2) مسلم (ج 2 ص 212) . (3) مسلم (ج 2 ص 213) .

(4) الأنوار ومعها حاشية الكنتري (ج 1 ص 150) والمهذب (ج 1 ص 107) .

ودليل ذلك ما أخرجه النسائي عن ابن عباس قال : ما كانت صلاة الخوف إلا سجدتين كصلاة أخراسيكنم هؤلاء اليوم خلف أئمتكم هؤلاء إلا أنها كانت عتبا قامت طائفة منهم وهم جميعا مع رسول الله ﷺ وسجدت معه طائفة منهم ، ثم قام رسول الله ﷺ وقاموا معه جميعا ، ثم رَكَعَ وركعوا معه جميعا ، ثم سَجَدَ فسجد معه الذين كانوا قياما أول مرة فلما جلس رسول الله ﷺ والذين سجدوا معه في آخر صلاتهم سجد الذين كانوا قياما لأنفسهم ، ثم جَلَسُوا فجمعهم رسول الله ﷺ بالتَّسْلِيم (1) .

وأخرج النسائي عن أبي عياش الزرقني قال : كنّا مع رسول الله ﷺ بعسفان فصلّى بنا رسول الله ﷺ صلاة الظهر وعلى المشركين يومئذ خالد بن الوليد ، فقال المشركون : لقد أصبنا منهم غيرة ولقد أصبنا منهم غفلة فنزلت : يعني صلاة الخوف بين الظهر والعصر ، فصلّى بنا رسول الله ﷺ صلاة العصر ففرقتا فرقة تُصَلِّي مع النبي ﷺ وفرقة يَحْرُسُونَهُ فكبر بالذين يلونه والذين يحرسونهم ثم ركع فركع هؤلاء وأولئك جميعا ثم سجد الذين يلونه وتأخر هؤلاء والذين يلونه وتقدم الآخرون فسجدوا ، ثم قام فركع بهم جميعا الثانية بالذين يلونه وبالذين يَحْرُسُونَهُ ، ثم سجد بالذين يلونه ، ثم تأخروا فقاموا في مصاف أصحابهم وتقدم الآخرون فسجدوا ، ثم سلم عليهم فكانت لكل منهم ركعتان ركعتان مع إمامهم (2) .

وأخرج النسائي كذلك عن جابر قال : « كنّا مع النبي ﷺ بنخل والعدو بيننا وبين القبلة فكبر رسول الله ﷺ فكبروا جميعا ، ثم ركع فركعوا جميعا ، ثم سجد النبي ﷺ والصف الذي يليه والآخرون قيام يحرسونهم ، فلما قاموا سجد الآخرون مكانهم الذي كانوا فيه ، ثم تقدم هؤلاء إلى مصاف هؤلاء ، فركع فركعوا جميعا ، ثم رفع فرفعوا جميعا ، ثم سجد النبي ﷺ والصف الذي يلونه والآخرون قيام يحرسونهم ، فلما سجدوا وجلسوا سجد الآخرون مكانهم ، ثم سلم » (3) ، وقد ذهب إلى ذلك أيضا بعض المالكية وهو قول الثوري (4) .

قال الإمام الشافعي في كيفية صلاة الخوف : صلّى الإمام بالناس هكذا وهو أن يصف الإمام والناس وراءه فيكبر ويكبرون معا ، ويركع ويركعون معا ، ثم يرفع فيرفعون معا ثم يسجد فيسجدون معا إلا صفا يليه ، أو بعض صف ينظرون العدو ، فإذا رفع الإمام

(2) النسائي (ج 3 ص 177 ، 178) .

(4) بداية المجتهد (ج 1 ص 151) .

(1) النسائي (ج 3 ص 170) .

(3) النسائي (ج 3 ص 176) .

ومن سجد مئة من سجودهم كله ونهضوا سجد الذين قاموا ينظرون الإمام ، ثم قاموا معه ، ثم ركع وركعوا معه ، ورفع ورفعوا معه ، وسجد وسجد معه الذين سجدوا معه أولاً إلا صفاً يحرسه منهم ، فإذا سجدوا سجدتين جلسوا للتشهد فسجد الذين حرسوا ، ثم تشهدوا وسلم الإمام ومن خلفه معاً .

وقال رحمه الله : وإن صلى الإمام هذه الصلاة فاستأخر الصف الذي يحرسه إلى الصف الثاني وتقدم الصف الثاني فحرسه فلا بأس ، وإن لم يفعلوا فواسع ولو حرسه صف واحد في هذه الحال رجوت أن تجزيهم صلاتهم (1) .

أما إن كان العدو في غير جهة القبلة ، جعل الإمام الناس طائفتين ، طائفة في وجه العدو ، وطائفة تصلي معه ، ويجوز أن يصلي بالطائفة التي معه جميع الصلاة ثم تخرج لمواجهة العدو ثم تجيء الطائفة الأخرى ، فيصلي بهم ، وبذلك يكون الإمام متنفلاً بالصلاة الثانية وهم مفترضون بها ، ويدل على ذلك ما أخرجه النسائي عن أبي بكر عن النبي ﷺ أنه صلى صلاة الخوف بالذين خلفه ركعتين والذين جاءوا بقدر ركعتين فكانت للنبي ﷺ أربع ركعات ولهؤلاء ركعتين ركعتين (2) .

ويجوز للإمام أن يصلي بإحدى الطائفتين جزءاً من الصلاة وبالأخرى الجزء الآخر ، وذلك أفضل من أن يصلي بكل واحدة منهم جميع الصلاة لأنه أخف ، فإن كانت الصلاة ركعتين صلى بالطائفة التي معه ركعة وثبت قائماً وتتم الطائفة لأنفسهم وتنصرف إلى وجه العدو وتجيء الطائفة الأخرى ويصلي معهم الركعة التي بقيت من صلاته وثبت جالساً ، ثم تتم الطائفة الأخرى ثم يسلم بهم (3) ، وهو قول المالكية فيما تعرض له في الهيئة الثالثة . ويدل على ذلك ما أخرجه مسلم عن صالح بن خوات عن صلى مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت صلت معه وطائفة وجاء العدو فصلى بالذين معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصفاً وجاء العدو وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم (4) .

وإن كانت الصلاة أربع ركعات صلى الإمام بكل طائفة ركعتين وذلك أن يصلي الإمام بالطائفة التي معه ركعتين وثبت قائماً وثبت الطائفة لأنفسهم ثم تنصرف لمواجهة

(1) الأم (ج 1 ص 216) . (2) النسائي (ج 3 ص 179) .

(3) المهذب (ج 1 ص 105) والأنوار (ج 1 ص 150) . (4) مسلم (ج 2 ص 214) .

العدو ونجىء الطائفة الأخرى ويصلي بهم الركعتين اللتين بقيتا ويثبت جالساً حتى تتم الطائفة الصلاة ثم يُسَلِّمُ بهم .

وفي هذا أخرج مسلم عن جابر أنه صلى مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف فصلّى رسول الله ﷺ بإحدى الطائفتين ركعتين ، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين ؛ فصلّى رسول الله ﷺ أربع ركعات ، وصلى بكل طائفة ركعتين ⁽¹⁾ .

الهيئة الثالثة : وهو ما ذهبت إليه المالكية والحنابلة ؛ إذ قالوا : يقوم الإمام ومعه طائفة من أصحابه ، وطائفة مواجهة للعدو ، فيركع الإمام ركعة ويسجد بالذين معه ، ثم يقوم فإذا استوى قائماً ثبت وأتموا لأنفسهم الركعة الباقية ، ثم يُسَلِّمُونَ وينصرفون والإمام قائم فيكونون وجاه العدو ، ثم يُقِيلُ الآخرون الذين لم يُصَلُّوا فيكبّرون وراء الإمام فيركع بهم الركعة ويسجد ، ثم يُسَلِّمُ فيقومون ويركعون لأنفسهم الركعة الباقية ثم يُسَلِّمُونَ ⁽²⁾ ، ودليلهم في هذا ما أخرجه مسلم عن صالح بن خوات عن صلى مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف : أن طائفة صفت صلت معه وطائفة وجاه العدو فصلّى بالذين معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصافوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الأخرى فصلّى بهم الركعة التي بقيت ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم ⁽³⁾ .

ولو صلى المغرب في الخوف فإنه يصلي بالطائفة الأولى ركعتين ثم يتشهد بهم ، ويقوم ، فإذا قام ثبت قائماً وأتم القوم لأنفسهم الركعة الثالثة ثم يسلمون ، ثم تأتي الطائفة الأخرى فيصلّي بهم ركعة ثم يسلم ولا يسلمون بل يقومون ليتنموا ما بقي عليهم من صلاتهم وهما ركعتان ثم يسلمون ⁽⁴⁾ .

الهيئة الرابعة : وهي لابن أبي ليلى ، وهي رواية ثابتة عن أبي يوسف ، فإذا كان العدو بين المسلمين والقبيلة جعل الإمام الناس طائفتين فيكبّر ويكبّرون جميعاً ويركع ويركعون ويسجد الإمام والصف الأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو ، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رؤوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر ، فإذا قرعوا من سجودهم قاموا ، ثم تقدم الصف المؤخر وتأخر الصف الأول فيصلّي بهم الإمام الركعة

(1) مسلم (ج 2 ص 215) .

(2) تفسير القرطبي (ج 5 ص 366) والمدونة (ج 1 ص 149) وأسهل المبارك (ج 1 ص 319) والمغني

(ج 2 ص 403 ، 404) . (3) مسلم (ج 2 ص 214) .

(4) المدونة (ج 1 ص 149) والأنوار (ج 1 ص 150) والأم (ج 1 ص 212) .

الأخرى كذلك⁽¹⁾ ودليل ذلك ما أخرجه النسائي عن جابر قال : شَهِدْنَا مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف فقمنا خلفه صَفَيْنَ والعدو بيننا وبين القبلة ، فكَبَّرَ رسول الله ﷺ وكَبَّرْنَا ، وركعَ وركعْنَا ، ورفعَ ورفعْنَا ، فلَمَّا انحدرَ للسجود سجدَ رسول الله ﷺ والذين يلونه ، وقام الصف الثاني حين رفع رسول الله ﷺ والصف الذين يلونه ، ثم سجد الصف الثاني حين رفع رسول الله ﷺ في أمكنتهم ، ثم تأخر الصف الذين كانوا يلون النبي ﷺ ، وتقدم الصف الآخر فقاموا في مقامهم وقام هؤلاء في مقام الآخرين قِيَامًا ، وركع النبي ﷺ وركعْنَا ، ثم رفع ورفعْنَا ، فلَمَّا انحدرَ للسجود سجدَ الذين يلونه والآخرون قِيَامًا ، فلما رفع رسول الله ﷺ والذين يلونه سجد الآخرون ثم سلم⁽²⁾ .

أما إذا لم يكن العدو بين المصلين والقبلة بل كان في دُبُر القبلة قام الإمام ومعه صف مستقبل القبلة ، والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعًا ويركع ويركعون جميعًا ، ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدتين ، ثم يفتلون فيستقبلون العدو ، ويحيي الآخرون فيسجدون ويصلي بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعًا ويسجد معه الصف الذي معه ، ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويحيي الآخرون فيسجدون ويفرغون ، ثم يسلم الإمام بهم جميعًا⁽³⁾ .

الهيئة الخامسة : وهو أن يُصَلِّي الإمام بكل طائفة من الطائفتين ركعة ولم يقضوا غير ذلك شيئًا ، وهو مَرْوِيُّ عن الثوري⁽⁴⁾ وذلك مخالفٌ لأصل الصلاة وهو أنها فُرِضَتْ في الحَضَر أربع ركعات ، وفي السفر ركعتين يستوي في ذلك الخوف والأمن .

واستدل القائلون بهذه الهيئة بما أخرجه النسائي عن ثعلبة بن زهدم قال : كنا مع سعيد بن العاص بطبرستان فقال : أَيُّكُمْ صَلَّى مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف ؟ فقال حُدَيْفَةُ : أنا ، فقام حُدَيْفَةُ فصف الناس خلفه صفين صفًا خلفه وصفًا موازي العدو فصلَّى بالذي خلفه ركعة ، ثم انصرف هؤلاء إلى مكان هؤلاء وجاء أولئك فصلَّى بهم ركعة ولم يَقْضُوا⁽⁵⁾ .

وأخرج النسائي عن ابن عباس قال : « فرض الله الصلاة على لسان نبيكم ﷺ في

(1) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص 116) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 236) .

(2) النسائي (ج 3 ص 175 ، 176) .

(3) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص 117) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 237) .

(4) بداية المجتهد (ج 1 ص 151 ، 152) . (5) النسائي (ج 3 ص 168) .

الحضر أربعاً ، وفي السفر ركعتين ، وفي الخوف ركعة ⁽¹⁾ .

الهيئة السادسة : وهي رواية أخرى عن أبي يوسف ؛ إذ ذهب فيها إلى أنه لا تُصلى بعد النبي ﷺ صلاة الخوف بإمام واحد بل ينبغي أن تُصلى عند الخوف بإمامين وقد استند في قوله إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ ﴾ ⁽²⁾ فقد خص صلاة الخوف بكون النبي ﷺ فيهم وأباح لهم فعلها معه على هذا الوجه ليدركوا فضيلة الصلاة خلفه ؛ لأن مثل هذه الفضيلة لا توجد خلف غيره عليه الصلاة والسلام ، فلا يجوز لأحد بعد النبي ﷺ أن يصلي هذه الصلاة إلا بإمامين ؛ لأن فضيلة الصلاة خلف الإمام الثاني كنفسها خلف الإمام الأول ، فلا يحتاج إلى مشي ، واستدبار القبلة بما هو منافي للصلاة .

وقد رد ذلك بأن تخصيص النبي ﷺ بالخطاب في قوله : ﴿ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ ﴾ لا يدل على وجوب الاختصار عليه بهذا الحكم دون غيره ؛ لأن الذي قال : ﴿ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ ﴾ هو الذي قال : ﴿ فَتَأْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ الْنَّبِيِّ الْأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ وَكَلِمَاتِهِ وَأَتَّبِعُوهُ ﴾ ⁽³⁾ فإذا وجدنا النبي ﷺ قد فعل فعلاً فعلينا اتباعاً على الوجه الذي فعله ، ونُشبهه ذلك قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾ ⁽⁴⁾ فلم يوجب ذلك أن يكون النبي ﷺ مخصوصاً بهذا الحكم دون غيره من الأئمة بعده ⁽⁵⁾ .

على أن صلاة الخوف تجوز في الحضر إذا احتيج إليها وذلك بنزول العدو قريباً من البلد وهو قول الجمهور ، وعلى هذا فإن الخوف لا يؤثر في عدد الركعات في حق الإمام والمأمومين جميعاً ، فإن عاف وهو مقيم صلى الرباعية بكل طائفة ركعتين وأتمت كل طائفة لنفسها ركعتين آخرين ، وبذلك فإنه لا يصلي صلاة الخوف ركعتين إلا من كان في سفر فلا يصليها من هو في حضر ، أي أنه يصلي صلاة الخوف في الإقامة لكن من غير قصر للرباعية بل يقصرها إن كان مسافراً ، فإن كان ثقة خوف في حضر صلوا أربع ركعات على سنة صلاة الخوف ولم يقصروها ⁽⁶⁾ .

(1) الصائلي (ج ١ ص ١٤٧) .

(2) سورة النساء الآية (102) .

(3) سورة الأعراف الآية (1٧٨) .

(4) سورة التوبة الآية (103) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج ١ ص 24١) وبداية المجتهد (ج ١ ص 150) .

(6) المدونة (ج ١ ص 14٧) وأمثي (ج 2 ص 406) والألم (ج 1 ص 213) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 24١) .

ما سبق من تفصيل هو بيان لصلاة الخوف ، والعدو ليس بإزاء القبلة أي في غير ناحيتها .

أما لو كان العدو بإزاء القبلة فإن الإمام يصلي بالمسلمين مجتمعين . وكيفية ذلك : أن يجعل الناس صفين ويفتح الصلاة بهم جميعاً ، فإذا ركع الإمام ركع الكل معه ، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعوا جميعاً ، وإذا سجد الإمام سجد معه الصف الأول الذي يليه وبقي الصف الثاني قياماً يحرسونهم ، فإذا رفع الإمام والصف الذي يليه رؤوسهم من السجود سجد الصف الثاني بينما الصف الأول الذي يلي الإمام قعوداً يحرسون إخوانهم الساجدين ، فإذا رفع الصف الثاني رؤوسهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول الذي يليه وظل الصف الثاني قعوداً يحرسون الصف الذي يلي الإمام ، فإذا رفعوا رؤوسهم من السجود تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني ؛ ليكونوا في موضعهم ، ويصلي بهم الإمام على هذه الصفة ، فإذا قعد الإمام وسلم قعدوا وسلموا معه جميعاً ، وذلك الذي عليه الجمهور (1) .

ويستدل على ذلك بما أخرجه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قام النبي ﷺ وقام الناس معه فكبر وكبروا معه ، وركع وركع ناس منهم ، ثم سجد وسجدوا معه ، ثم قام للثانية فقام الذين سجدوا وحرسوا إخوانهم ، وأتت الطائفة الأخرى فركعوا وسجدوا معه والناس كلهم في صلاة ، ولكن يحرس بعضهم بعضاً (2) .

وكذلك ما أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله قال : « شهدت مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف فصفتنا صفين ، صفًا خلف رسول الله ﷺ والعدو بيننا وبين القبلة ، فكبر النبي ﷺ وكبرنا جميعاً ، ثم ركع وركعنا جميعاً ، ثم رفع رأسه من الركوع ورفعنا جميعاً ، ثم انحدر بالسجود والصف الذي يليه وقام الصف المؤخر في نحر العدو ، فلما قضى النبي ﷺ السجود والصف الذي يليه انحدر الصف المؤخر بالسجود فسجدوا ، ثم سلم النبي ﷺ وسلمنا جميعاً » (3) .

شروط صلاة الخوف

يُشْتَرَطُ لصلاة الخوف أن يكون العدو مُبَاحًا قِتَالَهُ ، وأن لا يُؤْمَرُ بهجومه على المسلمين ، وأعداء المسلمين كثيرون على اختلاف أجناسهم ومللهم ، فهم جميعاً كافرون يترقبون

(1) المغني (ج 2 ص 412) والبدائع (ج 1 ص 244) والمهذب (ج 1 ص 107) وتفسير القرطبي (ج 3 ص 368) .

(3) مسلم (ج 2 ص 213) .

(2) البخاري (ج 2 ص 18) .

بالمسلمين الهزيمة والخسران ويغفون لهم الشر والهوان .
وكذلك أهل البغي الذين يُخْرَجُونَ على الإمام فينبشرون الفتنة في البلاد ويُعْرِضُونَ
المسلمين ودولتهم للوهن والاضطراب ويُثِيرُونَ في الأرض الإرهاب والفساد .
وكذلك المحاريبون وهم قطاعُ الطُّرُق الذين يُبِيرُونَ الذُّعْرَ والفوضى بين النَّاسِ ويقتلون
كُلَّ من يقع تحت طائفتهم فضلاً عن سلب الأموال وترويع المسلمين وَزَعْرَعتِهِمْ .
إن هؤلاء جميعاً ينبغي قتالهم إذا باتوا لخطرهم وفسادهم كَيْفَمَا يعيش المسلمون في أمانٍ
وسلامٍ ، ولدى قتالهم فإنه يُباح للمسلمين أن يُصَلُّوا صلاة الخوف .
ويُلْحَقُ بالخوف من هؤلاء الأعداء والخصوم ؛ ما لو كان الخوف من حيوان مُخَوِّفٍ
مُفْتَرِسٍ أو ما لو كان ثمة نهرٌ داهم جارف يوشك أن يَأْتِيَ على طائفة من المسلمين
فيغرقهم تقريباً ، وفي مثل هذه الأحوال يباح للمسلمين أن يُصَلُّوا صلاة الخوف طلباً
للسلامة والتَّجَاوُزِ ودَفْعِ احتمالات الخطر .

أما القتالُ غيرُ المباح - كقتال أهل العدل من المسلمين - فإنه غيرُ مُسْتَوْجِبٍ لصلاة
الخوف ، وهو ما لا خلاف فيه (1) .

وثمة شروطٌ هي موضع خلافٍ بين العلماء من حيث اعتبارها وعدمها منها : القتالُ
أثناء صلاة الخوف ؛ فقد ذَهَبَتْ الحنفيةُ إلى أنه يُشْتَرَطُ لصلاة الخوف عدم القتال أثناء
الصلاة ؛ إذ قالوا : إنَّ الذي يُقَاتِلُ في صلاته فسدت صلاته ، وحُجَّتُهُمْ في ذلك : أن
النبي ﷺ قد شُغِلَ عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهاهنَّ في الليل وقال : « سَعَلُونَا عن
الصلاة الوسطى ما أَلَهُ قُبُورُهُمْ وبَطُونُهُمْ نَارًا » (2) .

فلو جازت الصلاة مع القتال لَمَا أَخْرَجَهَا النبي ﷺ ، وقالوا أيضاً : إن إدخالَ عملٍ
كثيرٍ من أعمال الصلاة في الصلاة يُفْسِدُهَا إلا ما ورد فيه نصٌ ، والنصُّ قد ورد في
المنشئ لا في القتال (3) .

(1) البدائع (ج 1 ص 245) والمغني (ج 2 ص 401) والمهذب (ج 1 ص 105 ، 107) والمدينة (ج 1 ص 150) وأسهل المداويك (ج 1 ص 319) والخطي (ج 5 ص 34) .

(2) فيما أخرجه البيهقي عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبيه قال : كنا مع رسول الله ﷺ يوم الخندق فشدنا عن صلوات فأمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام لكل صلاة إقامة .. انظر البيهقي (ج 3 ص 251) .

(3) البدائع (ج 1 ص 243 ، 244) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 245) .

وقد رُذِّ هذا الشرط بأن تأخير النبي ﷺ للصلاة يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وأن هذا التأخير مثنوخ⁽¹⁾.

أما الحنابلة ، فقد اشترطوا أن يكون في المصلين كثرة حتى يُمكن جعلهم طائفتين ؛ كل طائفة لا تقل عن ثلاثة أفراد ؛ وذلك لأن الله تعالى قد ذكر الطائفة في الآية بلفظ الجمع ، وأقل الجمع ثلاثة⁽²⁾ ، وقد رُذِّ هذا الشرط بأن ما دون الثلاثة عددٌ يصح به الجماعة ؛ فجاز أن يكون طائفة كالثلاثة .

حمل السلاح أثناء الصلاة

يُرَادُّ بالسلاح هنا ما خَفَّ منه فأمكن حمله كالسيف أو الرمح ونحوهما وغير ذلك من أنواع الأسلحة النارية كالبندقية والمدفع الرشاش ، أما إن كان السلاح ثقيلاً فلا يتصور حمله أثناء الصلاة .

أما الحكم في حمل السلاح الخفيف في الصلاة ففيه خلاف بين العلماء وثمة قولان في ذلك :

القول الأول : وهو للحنفية والظاهرية والشافعية في أحد قولين لهم ؛ فقد ذهب هؤلاء إلى أن يحمل السلاح في الصلاة واجب عند الخوف ، وذلك على سبيل الترهيب للمعدو والاحتياط من غدره أن يأخذ المسلمين على غرة ، وهو ما بيثته الآية الكريمة : ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغَفَّلُوا عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً﴾⁽³⁾ وكذلك قوله عز من قائل : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ﴾⁽⁴⁾ فدل ذلك على أن عليهم جُنَاحاً إذا وضعوا أسلحتهم من غير أذى ولا مرض ، وبذلك فإنَّ حمل السلاح الخفيف في حقِّ المقاتل المسلم أثناء الصلاة في الخوف واجب إلا أن يكون ثمة أذى من مريض أو طين أو مطر فلا بأس في وضع السلاح دفعا للمشقة⁽⁵⁾.

القول الثاني : وهو للحنابلة ، والشافعية في قولهم الثاني ؛ فقد ذهب هؤلاء إلى أن

(1) بداية المجتهد (ج 1 ص 175) .

(2) المغني (ج 2 ص 402) .

(3) سورة النساء الآية (102) .

(5) البدائع (ج 1 ص 245) والمذهب (ج 1 ص 107) وأحكام القرآن للجصاص (ج 1 ص 246) والمحلى

(ج 5 ص 34) .

حمل السلاح في الصلاة حال الخوف مندوب ، وقد حملوا المراد بقوله تعالى : ﴿وَلْيَأْخُذُوا بِحُدُودِهِمْ وَأَمْلِيحَتَهُمْ﴾ ⁽¹⁾ على الاستحباب ، وقالوا : إن السلاح إنما يجب حمله من أجل القتال ، وهو غير مقاتل أثناء الصلاة فلم يجب حمله ⁽²⁾ .

(1) سورة النساء الآية (102) .

(2) المهذب (ج 1 ص 107) والمصنف (ج 2 ص 417) .

قصر الصلاة

الْقَصْرُ في كل شيء خلاف الطول ، ومنه القصير بخلاف الطويل ، وقَصُرَ الصلاة أي جعلها قصيرة في السفر بدلا من إتمامها وكونها طويلة ⁽¹⁾ .

وللعلماء تفصيل في المراد بالقصر في الآية ﴿ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ ⁽²⁾ فقد قيل : يُرَادُ بِقَصْرِهَا : أَنْ تَكُونَ في السفر ركعتين بدلا من أربع ، وفي الخوف ركعة بدلا من اثنتين . وذلك لما رُوِيَ عن ابن عباس قال : « فرض الله الصلاة على لسان نبيكم ﷺ في الحضر أربعاً ، وفي السفر ركعتين ، وفي الخوف ركعة » ⁽³⁾ .

وقيل : قصر الصلاة في الخوف والقتال أَنْ تُؤْدَى في الركوب والمشى من غير ركوع ولا سجود ، وقيل : قصرها يَكُونُ في صِفَتِهَا وذلك بخفض الرأس فيها والإيماء بدلا من الركوع والسجود ⁽⁴⁾ . وذلك ما تقتضيه ظروف المسلمين في حالات الحرب وهم يواجهون العدو في قتال مُحْتَكَمٍ ضروس يتلاحمون فيه مع العدو قلاحتا ويقاثلونه مسايقةً ، وفي هذه الحال من التلاحم والمسايقة يضطر المسلمون لأداء الصلاة على صفة مخصوصة لا يُقَدِّرون فيها على الركوع أو السجود .

على أن المشهور أن تُقَصَّر الصلاة في السفر إلى ركعتين بدلا من أربع باستثناء المغرب والصبح ، فإنهما لا مساخ للنقص من رَكَعَاتِهما وهو ما لا خلاف فيه ، وقد ثبتت شَرْعِيَّةُ القصر بكل من الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ الْقُرْآنُ فَجَاؤًا أَنْ تَنْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ ⁽⁵⁾ .

أما السنة ، فحكمة أنباءٍ صحاح تدل على القصر نُقِطَ مِنْهَا جملةً ، فقد أخرج البخاري عن أنس قال : « خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة فكان يُصَلِّي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة » ⁽⁶⁾ .

وأخرج البخاري عن عبد الله بن عمر قال : « صَلَّيْتُ مع النبي ﷺ بمنى ركعتين وأني بكر وعمر ، ومع عثمان صدرا من إمارته ثُمَّ أَتَمَّهَا » ⁽⁷⁾ ، وأخرج البخاري كذلك عن عبد

(1) لسان العرب (ج 5 ص 95) ومختار الصحاح ص (537) .

(2) سورة النساء الآية (101) . (3) مسلم (ج 2 ص 143) .

(4) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 230) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 352) .

(5) سورة النساء الآية (101) . (6) البخاري (ج 2 ص 53) .

الله بن مسعود قال : « صليْتُ مع رسولِ الله ﷺ بمنى ركعتين ، وصليْتُ مع أبي بكر رضي الله عنه بمنى ركعتين ، وصليْتُ مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمنى ركعتين » (1) .

وأخرج مسلم عن عائشة قالت : « فُرِضَتْ الصلاةُ ركعتين ركعتين في الحضر والسفر ، فأقربت صلاة السفر ، وزيدت في صلاة الحضر » (2) .

وأخرج مسلم عن يعلبي بن أمية قال : قُلْتُ لعمر بن الخطاب : (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) فقد أئمن الناس ، فقال : عَجِبْتُ مما عَجِبْتُ منه ؛ فسألت رسولَ الله ﷺ عن ذلك فقال : « صدقةٌ تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته » (3) ، وهو يدل على جواز القصر في الأئمن فلا يُشترطُ لذلك حصولُ الخوف ، وقد ذُكِرَ الخوفُ في الآية بناءً على الغالب من حصوله (الخوف) في أسفار المسلمين لدى نزول الآية ، فإذا ذهب الخوفُ لم تذهب الرخصةُ بالقصر في السفر .

وأخرج الترمذي عن أنس بن مالك قال : « صَلَّيْنَا مع النبي ﷺ الظهرَ بالمدينة أربعا وبذي الحليفة العصر ركعتين » (4) .

وأخرج الترمذي كذلك عن عبد الله بن عمر قال : « سافرت مع النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان ؛ فكانوا يصلون الظهر والعصر ركعتين ركعتين لا يُصلُّون قبلها ولا بعدها » (5) .

أما الإجماعُ : فقد أجمع أهل العلم على أنَّ من سافر سفرا تُقصرُ في مثله الصلاةُ في حجٍّ أو عمرَةٍ أو جهادٍ إنَّ له أنْ يُقصرَ الرباعيةَ فيصلِّيها ركعتين (6) .

وعلى هذا فإنَّ للمسافر قصرَ الصلاةِ في السفر كيفما كانت طريقةَ سفره ، وبذلك يستوي في كيفية سفره ما لو سافر ماشيا أو راكبا دابةً من البهائم أو سفينةً تبحرُ في البحر أو سيارةً تبحرُ في البر أو طيارةً تمضي في الفضاء ، فإنَّ اختلافَ الوسائلِ في الركوب من أجل السفر لا يمنع من الترخيص بالقصر استنادا إلى عموم قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ فِي الْأَرْضِ فَلْيَسْ عَلَىكَ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ (7) .

(1) انظر الهامش السابق .

(2) مسلم (ج 2 ص 142) .

(3) مسلم (ج 2 ص 143) .

(4) الترمذي (ج 2 ص 431) .

(5) الترمذي (ج 2 ص 428) .

(6) المغني (ج 2 ص 255) ومغني المحتاج (ج 1 ص 262) وأحكام القرآن للحصص (ج 3 ص 233) .

(7) سورة النساء الآية (101) .

وَالضَّرْبُ يُرَادُّ بِهِ الشَّقْوُ ، وإِطْلَاقُهُ فِي الْآيَةِ يَفِيدُ الْإِسْتِغْرَاقَ لِشَمَلِ عَامَةِ أَسْبَابِ الشَّرِّ مِنْ أَشْكَالِ الرُّكُوبِ الْمُخْتَلِفَةِ لِیَصِیْحَ الْقَصْرُ ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ كُلُّهُ : أَنَّ الْقَصْرَ صَدَقَةٌ مِنْ اللَّهِ تُصَدَّقُ بِهَا عَلَى عِبَادِهِ تَسِيرًا لَهُمْ وَدَفْعًا لِلْمَشَقَّةِ عَنْهُمْ ⁽¹⁾ .

حكم القصر

اختلفت كلمة العلماء في حكم القصر للمسافر ، هل هو رخصة ⁽²⁾ أم عزيمة ⁽³⁾ ، ثلثة قولان للعلماء في ذلك :

القول الأول : وهو للشافعية والحنابلة والمالكية ؛ فقد ذهب هؤلاء إلى أَنَّ قَصْرَ الصَّلَاةِ فِي السَّفَرِ رَخْصَةٌ ، وَهُوَ مُزَوَّيٌّ عَنْ كَثِيرٍ مِنَ السَّلَفِ مِنْهُمْ عِثْمَانُ وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عُثْمَرُ وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ وَآخَرِينَ ⁽⁴⁾ ، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِمَفْهُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ ⁽⁵⁾ ؛ فَقَدْ نَفَى الْجُنَاحَ وَهُوَ الْإِثْمُ عَنِ الَّذِي يَقْصُرُ صَلَاتَهُ فِي السَّفَرِ .

وَنَفَى الْجُنَاحَ يَفِيدُ الْجَوَازَ وَلَا يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ ، وَبِذَلِكَ فَالْمَسَافِرُ مُخَيَّرُونَ بَيْنَ الْقَصْرِ وَالْإِقَامِ وَذَلِكَ كَسَائِرِ الرُّخَصِ ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا قَالَهُ عُمَرُ لِيَعْلَى : عَجِبْتُ مَا عَجِبْتُ مِنْهُ فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : « صَدَقَةٌ تُصَدَّقُ اللَّهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَأَقْبِلُوا صَدَقَتَهُ » وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْقَصْرَ فِي السَّفَرِ رَخْصَةٌ وَلَيْسَ عَزِيمَةٌ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) أَنَّهَا كَانَتْ تُثِيمُ الصَّلَاةَ فِي السَّفَرِ ⁽⁶⁾ .

وَكذلك أَخْرَجَ الدَّارِقُطْنِيُّ عَنْ عَائِشَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) : « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْصُرُ فِي السَّفَرِ وَيُثِيمُ وَيَصُومُ وَيَفْطُرُ » ⁽⁷⁾ ، أَيُّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَفْعَلُ هَذَا وَهَذَا .

(1) ثُلَّةُ السَّالِكِ عَلَى شَرْحِ الدَّرَدِيرِ (ج 1 ص 170) .

(2) الرِّخْصَةُ فِي اصطلاح الأصوليين هي : مَا شَرَعَ مِنَ الْأَحْكَامِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِعَدْرِ مَعَ قِيَامِ السَّبَبِ ، انْظُرِ الْإِحْكَامَ فِي أَصُولِ الْأَحْكَامِ لِلْأَمْدِيِّ (ج 1 ص 101) وَالْمُسْتَصْفَى لِلْفَزَّائِيِّ (ج 1 ص 63) .

(3) الْعَزِيمَةُ هي : الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِإِجَابِ اللَّهِ تَعَالَى مَا يُلْزِمُ الْعِبَادَ ، انْظُرِ شَرْحَ الْهَدِيشِيِّ عَلَى الْمُنْهَاجِ وَمَعَهُ شَرْحُ الْإِسْتَوِيِّ عَلَى الْمُنْهَاجِ (ج 1 ص 72) وَالْمُسْتَصْفَى (ج 1 ص 63) .

(4) الْمُغْنِي (ج 2 ص 262 - 264) وَبَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ (ج 1 ص 143) وَتَقْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ (ج 3 ص 252) وَالْمُهَذَّبُ (ج 1 ص 102) .

(5) سُورَةُ النِّسَاءِ آيَةُ (101) .

(6) التِّرْمِذِيُّ (ج 2 ص 430) .

(7) رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ (2 / 150) بِرَقْمِ (2275) وَقَالَ : هَذَا إِسْنَادٌ صَحِيحٌ ، وَانْظُرِ سَبِيلَ السَّلَامِ (ج 2 ص 38) .

وأخرج البيهقي عن أنس قال : « إنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ كُنَّا نَسَافِرُ قَمِيئًا الصَّائِمَ وَمِمَّا الْمَقْصُرُ وَمِمَّا الْمُتِمُّ وَمِمَّا الْمَقْصِرُ ؛ فَلَمْ يَحِبَّ الصَّائِمُ عَلَى الْمَقْصِرِ وَلَا الْمَقْصِرُ عَلَى الصَّائِمِ ، وَلَا الْمَقْصِرُ عَلَى الْمُتِمِّ وَلَا الْمُتِمُّ عَلَى الْمَقْصِرِ » (1) .

على أَنَّ الْقَصْرَ أَفْضَلُ مِنَ الْإِتِمَامِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ عَنْ ابْنِ عُثْمَانَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ أَلَلَّ تَعَالَى يُجِبُّ أَنْ تُؤْتَى رِخْصَةُ كَمَا يَحِبُّ أَنْ تُؤْتَى عَزَائِمُهُ » (2) ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى شَرْعِيَّةِ الْقَصْرِ بِمَا يَشِي كَذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ أَفْضَلُ وَذَلِكَ لِمَا فِي الْأَخْذِ بِالرِّخْصَةِ مِنْ تَيْسِيرٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَإِذْهَابٍ لِلتَّشْوِيعِ وَالْمَشَقَّةِ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ مِنْ قَوَاعِدِ هَذَا الدِّينِ أَنَّهُ يُخَوِّضُ عَلَى الْأَخْذِ بِالْيُسْرِ وَيُخَذِّرُ مِنَ الْأَخْذِ بِالْعُسْرِ قَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (3) وَعَلَى هَذَا فَإِنَّهُ يُسَّرُ لِلْمَسَافِرِ أَنْ يَقْصُرَ صَلَاتُهُ لِأَنَّ الْقَصْرَ فِي حَقِّهِ أَفْضَلُ . وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ (4) خِلَافًا لِلْحَنْفِيَّةِ عَلَى مَا تُبَيِّنُهُ فِي الْفَقْرَةِ التَّالِيَةِ :

القول الثاني : وهو للحنفية وأهل الظاهر ؛ فقد ذهب هؤلاء إلى أَنَّ قَصْرَ الصَّلَاةِ فِي السَّفَرِ غَرِيزَةٌ وَلَيْسَ بِرِخْصَةٍ ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ فُرِضَ الْمَسَافِرُ رَكْعَتَانِ إِلَّا صَلَاةَ الْمَغْرِبِ فَإِنَّهَا ثَلَاثٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ أَيْضًا (5) .

وَمِنْ قَوْلِ الْحَنْفِيَّةِ فِي ذَلِكَ : أَنَّهُ لَوْ صَلَّى الْمَسَافِرُ أَرْبَعًا وَلَمْ يَقْعُدْ فِي الْأَثْنَتَيْنِ فَصَدَّتْ صَلَاتُهُ ، وَإِنْ قَعَدَ فِيهِمَا مَقْدَارَ التَّشَهُّدِ ثُمَّتْ صَلَاتُهُ (6) وَوَجْهُ ذَلِكَ : أَنَّ الْقَعْدَةَ لِلتَّشَهُّدِ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّ الْمَسَافِرِ فَرَضٌ ؛ لِأَنَّ الْمَفْرُوضَ فِي صَلَاةِ السَّفَرِ رَكْعَتَانِ فَقَطْ ، فَإِذَا لَمْ يَقْعُدْ فِي الثَّانِيَةِ فَقَدْ تَرَكَ رُكْعَتَنَا وَهُوَ مَا تُبْطِلُ بِهِ الصَّلَاةَ ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ صَلَاةٌ

(1) البيهقي (ج 1 ص 149) .

(2) انظر سبل السلام (ج 2 ص 18) .

(3) سورة البقرة الآية (185) .

(4) قال الألباني في إرواء الغليل (110/1) أسرجه أبو بكر الشيرازي في سبعة مجالس (ق 1/8) ورواه أحمد (1108/2) بلفظ (إِنْ أَلَلَّ تَعَالَى يُجِبُّ أَنْ تُؤْتَى رِخْصَةُ كَمَا يَحِبُّ أَنْ تُؤْتَى عَزَائِمُهُ) تَقْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ (ج 5 ص 352) وَبَلَّغَةُ السَّالِكِ عَلَى شَرْحِ الدُّرُودِ (ج 1 ص 169 ، 170) وَالْمَغْنِيِّ (ج 2 ص 270) وَبَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ (ج 1 ص 141) وَالْمُهَذَّبِ (ج 1 ص 102) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 1 ص 211) وَتَلْفِظَةُ الْفَقْهَاءِ (ج 1 ص 254) وَالْهَدَايَةُ (ج 1 ص 80) وَالْمُلْحَى (ج 4 ص 364) .

(6) أحكام القرآن للجصاص (ج 1 ص 211) .

السفر ركعتان فرض وما كان أكثر من ذلك فهو مكروه ، وهو قولُ ثَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ؛ إِذْ قَالَ : الصَّلَاةُ فِي السَّفَرِ رَكْعَتَانِ حَتَّمٌ لَا يَصْلِحُ غَيْرُهُمَا ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ؛ إِذْ قَالَ : مَنْ صَلَّى فِي السَّفَرِ أَرْبَعًا فَهُوَ كَمَنْ صَلَّى فِي الْحَضَرِ رَكْعَتَيْنِ .

ومما يستدل به على أن صلاة السفر ركعتان حَتَّمٌ ؛ ما أخرجه البخاري عن عائشة قالت : « الصَّلَاةُ أَوَّلُ مَا فُرِضَتْ رَكْعَتَيْنِ فَأَقْرَتِ صَلَاةُ السَّفَرِ وَأَتَمَّتْ صَلَاةُ الْحَضَرِ » قال الزهري : فقلت لعروة : ما بال عائشة تتم ؟ قال : تأولت ما تأول عثمان ⁽¹⁾ .

وكذلك ما أخرجه مسلم عن عائشة قالت : « فُرِضَتْ الصَّلَاةُ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ ، فَأَقْرَتِ صَلَاةُ فِي السَّفَرِ وَزِيدَ فِي صَلَاةِ الْحَضَرِ » ⁽²⁾ .

وكذلك ما أخرجه مُسْلِمٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ فَرَضَ الصَّلَاةَ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّكُمْ ﷺ عَلَى الْمَسَافِرِ رَكْعَتَيْنِ ، وَعَلَى الْمَقِيمِ أَرْبَعًا ، وَفِي الْحُفُوفِ رَكْعَةً » ⁽³⁾ .

فقد استدلوا من ذلك على أن قصر الصلاة في السفر عزيمة وأنه يَجِبُ عَلَى الْمَسَافِرِ أَنْ لَا يَتِمَّ الصَّلَاةُ أَرْبَعًا ، فَإِنْ أَتَمَّهَا كَانَ عَلَيْهِ إِعَادَتُهَا اثْنَتَيْنِ ⁽⁴⁾ .

والراجح عندي أن القصر رخصة وأن المسافر له الخيار في القصر أو الإتمام ، وأن القصر مع ذلك أفضل لما فيه من تيسير يَجْتَنِإِلَيْهِ الشَّرْعُ ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ ⁽⁵⁾ .

أما ما احتجت به الحنفية لا يخلو من احتمال يَضَعُفُ معه الاستدلال ؛ فدلكم حديث عائشة فيحتمل أن تكون قد أرادت أن ابتداء فرض الصلاة كان ركعتين ثم أُتِمَّتِ الصَّلَاةُ بعد الهجرة فصارت أَرْبَعًا ، لذلك قال عنها عروة في ذلك : تأولت ما تأول عثمان .

أما حديث ابن عباس ؛ ففيه احتمال كذلك وهو أن ابن عباس لدى فرض الصلاة كان صغيرًا لا يَقْبَلُ مثل هذه الأحكام .

خلاصة

ذلكم إيجاز لأقوال العلماء في حكم القصر في السفر نعرضُ له في هذه الأقوال الأربعة :

(1) البخاري (ج 2 ص 55) .

(2) مسلم (ج 2 ص 142) .

(3) مسلم (ج 2 ص 143) .

(4) سورة البقرة الآية (185) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 232) .

القول الأول : أن القصر فرضٌ مُتَعَيِّنٌ ، وهو قولُ الحنفية وأهل الظاهر .
القول الثاني : أن القصر والإتمام كليهما فرضٌ ، وللمسافر الخيارُ فيهما كالحائِزِ في واجب الكفارة بين خصالها الثلاث ، وقد ذهب إلى ذلك بعض الشافعية .
القول الثالث : أن القصر سنةٌ ، وهو قولُ المالكية في المشهورِ من مذهبهم .
القول الرابع : أن القصر رخصةٌ وأنه أفضل من الإتمام ، وهو قول الشافعية والحنابلة .
وسبب الاختلاف في ذلك : اختلافهم في كيفية فرض الصلاة ، وفي تأويل آية القصر ؛ فقد بُني كل واحدٍ مذهبه في ذلك على ما ثبت عنده من الروايات في كيفية فرض الصلاة ، وصح عنده من التأويلات في تفسيرها ^(١) .

شروط السفر

يُشْتَرَطُ في السفر ليُصَحَّ معه قصرُ الصلاة ثلاثة شروط ؛ هي :
الشرط الأول : مسافة القصر .
الشرط الثاني : النية في السفر .
الشرط الثالث : الخروج من العمران .

مسافة القصر

وللعلماء في مسافة القصر تفصيلٌ كبيرٌ نوجزه في الأقوال الثلاثة التالية :
القول الأول : وهو لأهل الظاهر ؛ إذ ذهبوا إلى أن مسافة القصر مقدرةٌ بِمِيلٍ فقط وهو ألف ذراع ، وهم يَشْتَبِدُونَ في ذلك إلى الظاهر من المفهوم اللغوي لكلمة (السفر) ، فإنها تطلق على كل مُتَجَاوِزٍ لِلْمَضَرِ أو العمران أو البلد فما كان خارج ذلك سُحْتِي سَفَرًا ، وهم كذلك يحتجون بما ذُكِرَ عن ابن عمر أنه قال : لو خرجت بميلاً لَقَصُرْتُ الصلاة ، فقالوا : أوقفنا اسمَ السفر وكلمةَ السفر في الفطر والقصر على الميل فصاعداً ؛ إذ لا نجد عَرَبِيًّا ولا شَرِيعِيًّا عالِمًا أَوْقَفَ على أقل منه اسمَ السفر ، وقال ابن حزم : ومن

(١) بداية المجتهد (ج ١ ص ١٤٣) والمهذب (ج ١ ص ١٥٢) والمغني (ج ٢ ص ٢٧٠) والمدينة (ج ١ ص ١٣٥) وأحكام القرآن للجصاص (ج ٣ ص ٢٣١ ، ٢٣٢) .

خرج عن بيوت مدينته أو قريته أو موضع سكناه فمشى ميلاً فصاعداً صلى ركعتين ، ولا يئد إذا بلغ الميل ، فإن مشى أقل من ميل صلى أربعاً ⁽¹⁾ .

القول الثاني : وهو للحنفية في الرجوع من مذهبهم ؛ إذ قالوا أن مدة السفر التي يجوز فيها القصر مسيرة ثلاثة أيام يستثير الإبريل ومشى الأقدام وهو ما ذكر في ظاهر الرواية .

وثمة رواية عن أبي يوسف أن مدة السفر يومان وأكثر الثالث ، والمعتمد في المذهب ما جاء في ظاهر الرواية ، وهو قول الثوري والأوزاعي ⁽²⁾ .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه النسائي عن علي (رضي الله عنه) قال : « جعل رسول الله ﷺ للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن ، ويوماً وليلة للمقيم » يعني في المسح ... ⁽³⁾ .

وأخرج النسائي كذلك عن صفوان بن عسال قال : « رخص لنا النبي ﷺ إذا كنا مسافرين أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن » ⁽⁴⁾ .

ووجه الاستدلال بمثل هذا الخبر أنه جعل لكل مسافر أن يمسخ ثلاثة أيام ولياليها ، ولا يتصور أن يمسخ المسافر ثلاثة أيام ولياليها ، ومدة السفر أقل من هذه المدة .

واحتجوا أيضاً بما أخرجه البخاري عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي ﷺ قال : « لا تسافر المرأة ثلاثة أيام إلا مع ذي محرم » ⁽⁵⁾ .

أخرج البخاري كذلك عن أبي هريرة (رضي الله عنهما) قال : قال النبي ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة لیس معها حرمة » ⁽⁶⁾ .

وكذلك أخرج أبو داود عن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً فوق ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو أخوها أو زوجها أو ابنتها أو ذو محرم منها » ⁽⁷⁾ ، ووجه الاستدلال بهذه الأخبار : أنه لولا اعتبار المدة ثلاثة أيام لما كان لتخصيص الثلاثة معنى ، وقالوا أيضاً : إنما قدرنا يستثير الإبريل ومشى الأقدام ؛ لأنه الوسط فإن أبطأ السير سير العجلة والأسرع سير القرس فكان

(1) المحلى (ج 5 ص 2 ، 20) .

(2) البدائع (ج 1 ص 94) والتهذیب (ج 1 ص 80) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 235) .

(3) النسائي (ج 1 ص 84) .

(4) النسائي (ج 1 ص 83) .

(5) (5 - 6) البخاري (ج 2 ص 54) .

(7) أبو داود (ج 2 ص 141) .

أوسط أنواع السير سير الإبل ومشى الأقدام⁽¹⁾ ، وفي الخبر : « خير الأمور أوسطها »⁽²⁾ .

القول الثالث : وهو للشافعية والحنابلة والمالكية ؛ إذ ذهبوا إلى أن مسافة الشَّفرِ مقدرة بِمَسِيرَةِ يَوْمَيْنِ قاصدين ، أي أن يكونَ قصدُ المسافر قطعَ هذه المدَّة لا دونها ثم يستأنف⁽³⁾ . ومع ذلك فإنَّ الشافعي يُفضل أن يكون القصرُ في أقل من ثلاث ليالٍ احتياطاً ؛ فقد قال (رحمه الله) في ذلك : وأما أنا فأجيب أن لا أقصرَ في أقل من ثلاثٍ احتياطاً على نفسي⁽⁴⁾ .

واستدلوا على التقدير بيومين بما أخرجه البخاري عن أبي هريرة قال : قال النبي ﷺ : « لا يجزئ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافرَ مسيرةَ يومٍ وليلةٍ ليس معها حزمة »⁽⁵⁾ .

وكذلك ما أخرجه البيهقي عن ابن عباس أن رسولَ الله ﷺ قال : « يا أهل مكة لا تقصروا الصلاة في أدنى من أربعة يُؤدِّ⁽⁶⁾ من مكة إلى عسفان »⁽⁷⁾ .

وكذلك أخرج البيهقي عن ابن عباس أنه كان يقول : « يقصر الصلاة في مثل ما بين مكة والطائف ، وفي مثل ما بين مكة وجدة ، وفي مثل ما بين مكة وعسفان »⁽⁸⁾ ، ويقدر ذلك بيومين قاصدين وذلك يساوي يوماً وليلة ، وتُقَدَّرُ المسافة على الأرض بأربعة يُؤدِّ أي ستة عشر فرسخاً والفرسخُ ثلاثة أميال ، وبذلك تكون مسافة القصر ثمانية وأربعين ميلاً والميل اثنا عشر ألف قدم أو أربعة آلاف خطوة فإنَّ الخطوة ثلاثة أقدام⁽⁹⁾ .

النية في السفر

وذلك الشرط الثاني ، وهو أن تتحقق لدى المسافر نية في مسافة السفر أو مدَّته ،

(1) البدائع (ج 1 ص 74) .

(2) أورده الشوكاني في الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة (ص 227 / رقم 743) وقال البيهقي مفصلاً ، ورواه الديلمي في الفردوس .

(3) الأم (ج 1 ص 182) والمغني (ج 2 ص 299) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 170) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 194) .

(4) الأم (ج 1 ص 182) .

(5) البخاري (ج 2 ص 51) .

(6) برد جسع ومفرده برهد ، والبرهد يراد به عدة ممان منها المسافة المقدرة بالثني عشر ميلاً وهو المقصود هنا ، انظر مختار الصحاح (ص 47) والمعجم الوسيط (ج 1 ص 48) .

(7) 18 ، البيهقي (ج 1 ص 117) .

(9) المغني (ج 2 ص 289) والمهذب (ج 1 ص 102) والأنوار (ج 1 ص 132) ، وبداية المجتهد (ج 1 ص 144) .

وبيان ذلك : أنَّ السيرَ قد يكونُ معتبرًا فجاز فيه القصرُ وقد لا يكونُ معتبرًا كالذي يخرج من بَلَدِهِ إلى موضع قريبٍ لشأنٍ من شؤونه ثمَّ تبدو له حاجةٌ أخرى فيسير إليها حتى يصلها ، ثمَّ تبدو له حاجةٌ ثالثةٌ فيسيرُ إليها ، ثمَّ تبدو له حاجةٌ رابعةٌ ، وهكذا حتى تحْصُلَ بِسيرِهِ مسافةُ السفر ، أو مدته مع أنه ليس بين كلِّ حاجتين أو شأئين سار بينهما مسافةُ سفرٍ أو مُدَّتِهِ ، فإن ذلك لا يجوزُ معه القصرُ لعدم تحقُّقِ النيةِ المُستَقَّةِ في مدَّةِ السفرِ المشروعةِ ، فلا بد إذن من النية عند بداية السفر ، أو قبله ، وهو أن يقصدَ المسافرُ مسافةَ السفر التي يجوز فيها القصرُ .

وعلى هذا فإن الاعتبار في ذلك إنما يكون بالنية لا بالفعل ، فالمُعْتَبَرُ أن ينوي المسافرُ مسافةً يصحُّ فيها القصرُ ، أمَّا لو قصدَ ما دون مدَّةِ السفرِ فلا يجوزُ القصرُ ، ويخرج عن هذا أنه لو خرج يقصدُ سفرًا بعيدًا فقصر الصلاة وهو في الطريق من قبل أن يقطع مسافةَ القصر ، ثمَّ بدا له أن يرجعَ فرجع كان قصره صحيحًا ؛ لكنه ليس له أن يقصرَ في الرجوع لانقطاع النية في السفر ، إلا أن تكون مسافةُ الرجوع يجوز فيها القصرُ .

ويُشَبَّه ذلك ما لو قصدَ بلدًا بعيدًا وفي عزمه أنه متى وجدَ مطلبه دونَ مسافةِ القصر رجع أو أقام -- لا يجوز له القصرُ ؛ لأنه لم يقصدَ سفرَ القصر في الأصل ، وذلك الذي عليه الجمهور (1) .

ولو كان لأحدٍ إلى مقصده طريقان ؛ أحدهما طويلٌ ؛ والآخر قصيرٌ ليس فيه مسافةُ القصر فسلك الطويلَ لغرض القصرِ فقط جاز له ذلك عند الحَقِيقَةِ والحَتَابَةِ ؛ وذلك لأنه مسافرٌ سفرًا بعيدًا مباحًا ؛ فأبيح له القصرُ كما لو لم يجدْ سِوَاهُ ، أو كان الطريقُ الآخرُ مُخَوِّفًا أو شاقًّا ، وبعبارةٍ أخرى فإن الحكمَ مُعَلَّقٌ بِالشَّقْرِ فكان المعتبر فيه ، المسافة ، وهي مسيرة ثلاثة أيام على قصد السفر ؛ وقد وُجِدَ (2) .

أمَّا الشَّافِعِيَّةُ فقد ذهبوا إلى عدم جوازِ القَصْرِ بالشُّلُوكِ في الطريق الطويل إذا كان ذلك لِعَرَضِ القَصْرِ ، أما إذا قصدَه للأمن خوفًا من عدوٍّ مُتَرَبِّصٍ ، أو حيوانٍ مُفْتَرِسٍ ، أو كان قصدَه السهولة أو الزَّيَّارَةَ أو العِيَادَةَ أو التَّنَزُّهَ أو كان ذلك هَرَبًا من الحرِّ أو البرد أو غير ذلك من المقاصد فله أن يقصرَ (3) ، قال الشَّافِعِي : وإذا أراد رجلٌ بلدًا له طريقان ؛

(1) المغني (ج 8 ص 258 ، 259) والبدائع (ج 1 ص 94) والأم (ج 1 ص 183) والهداية (ج 1 ص 81 ، 82) والأنوار (ج 1 ص 132) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 171) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 357) .
(2) الأنوار (ج 1 ص 132) والأم (ج 1 ص 184) .
(3) الأنوار (ج 1 ص 132) والأم (ج 1 ص 184) .

القاصد⁽¹⁾ منهما إذا شئت لم يكن بينه وبينه ما يُقصر إليه الصلاة ، والآخِر إذا شئت كان بينه وبينه ما يُقصر إليه الصلاة ؛ فأَيُّ الطريقين سَلَك فليس له عِنْدِي قصر الصلاة ، إنما يَكُونُ له قصر الصلاة إذا لم يكن إليها طريق إلا مسافة قَدِير ما يُقصر إليها الصلاة إلا من عدو يُتَخَوَّفُ في الطريق القاصِد أو خِزْوَنَة⁽²⁾ أو مِرْفَق له في الطريق الأبعد فإذا كان هكذا كان له أَنْ يُقصر إذا كانت مسافة طَرِيقِهِ ما يُقصر إليه الصلاة⁽³⁾ .

الخروج من العمران

وهو الشَّرْطُ الثالث ، ويُراد بالعمران : الميصر أو بُيُوتُ البَلَدِ أو القرية أو البادية أو نَحْو ذلك مما يُسْكَنُ أو يُتَمَر ، فإنه ليس لِمَنْ نَوَى السَّفَرَ أَنْ يُقصر صلاته قَبْلَ خُرُوجِهِ من بُيُوتِ القرية التي يُقيم فيها فيجعلها وراء ظهره ، وبذلك فإن مُجَوِّدَ النية بالسفر لا يُبيح القَصْرَ ما لم يتحقق الخروج من العمران حيث موقع الإقامة ، وذلك الذي عليه عامة العلماء وفيهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو قول الأوزاعي وإسحق وأبي ثور ، وقال به جماعة من التابعين ، يقول ابنُ المنذر : أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن للذي يُريد السفر أن يُقصر الصلاة إذا خرج من بيوت القرية التي يُخرج منها⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فإنه لا يجوز القصر ما لم تقترب النية بالقبول وهو الخروج من العمران ، أما النية وحدها من غير فعل وهو الخروج من العمران فلا تُجزئ لإباحة القصر .

يقول الإمام الشافعي : وإذا أراد الرجل أقل سفر يُقصر فيه الصلاة لم يُقصر حتى يخرج من منزله الذي يسافر منه وسواء كان المنزل قرية أو صحراء ، فإن كانت قرية لم يكن له أن يقصر حتى يجاوز بيوتها ولا يكون بين يديه منها بيت مُتَفَرِّدا ولا مُتَصِلًا ، وإن كان في صحراء لم يقصر حتى يجاوز البُقعة التي فيها منزله ، فإن كان في عَرَض وإذ فتحى يُقَطِّع غرضه ، وإن كان في طول وإذ فتحى يبين عن موضع منزله ، وإن كان في حاضِر مجتمع فتحى يجاوز مطال الحاضر ، ولو كان في حاضِر مفترق فتحى يجاوز ما قارب منزله من الحاضر ، وإن قصر فلم يجاوز ما وصفت أعاد الصلاة التي قصرها في موضعه

(1) القاصد : القريب .

(2) الخِزْوَنَة ، بالضم تنحي الخشونة أو ما غلظ من الأرض . انظر لسان العرب (ج 13 ص 112 - 114) .

(3) الأَم (ج 1 ص 184) .

(4) البدائع (ج 1 ص 94) والمغني (ج 2 ص 259 ، 260) والأَم (ج 1 ص 183) والأُلوَار (ج 1 ص 133)

وبدأية المجهتد (ج 1 ص 145) ونيل الأوطار (ج 1 ص 235) والمدونة (ج 1 ص 112) .

ذلك (1) .

أما أهل الظاهر فقد اشترطوا مع الخروج من العمران بلوغ الميل ، وذلك أن يجاوز الثمران بمقدار ميل فصاعدا ، فإن جاوزه بأقل من ميل فليس له أن يقصر حتى يجاوزه . قال ابن حزم في ذلك : ما دون الميل من آخر بيوت قريته له حكم الحضر ، فلا يقصر فيه ، ولا يفطر ، فإذا بلغ الميل فحينئذ صار في سفر يقصر فيه الصلاة ويفطر فيه (2) . وثمة قول مغاير للمذهب الكافي وهو أن القصر في البلد أو البيوت جائز لمن نوى السفر ، وهو قول عطاء بن أبي رباح وسليمان بن موسى وقد روي عن الحارث بن أبي ربيعة أنه أراد سفرا فصلّى بهم في منزله ركعتين ، وفيهم الأسود بن يزيد وغير واحد من أصحاب عبد الله بن مسعود (3) .

والصواب ما ذهب إليه عامة أهل العلم ، وهو اشتراط الخروج من العمران ، ويؤيد ذلك مفهوم قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا مَرَّيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ (4) ولا يكون ضاربا في الأرض حتى يخرج من البيوت كيما يحصل الضرب وهو السفر ، وبغير خروج لا يكون ضرب (5) .

ويؤيد ذلك من السنة ما أخرجه البخاري عن أنس (رضي الله عنه) قال : « صليت الظهر مع النبي ﷺ بالمدينة أربعاً وبذي الحليفة ركعتين » (6) . وكذلك أخرجه البخاري عن علي (رضي الله عنه) أنه خرج فقصر وهو يرى البيوت ، فلما رجع قيل له : هذه الكوفة ، قال : لا حتى ندخلها (7) .

صلاة الملاح في السفينة

الملاح الذي يكون في سفينته في البحر ، هل يجوز له القصر أم لا ؟ من أجل الإجابة عن ذلك ينبغي التفريق بين حالتين :

-
- (1) الأم (ج 1 ص 183) .
 (2) المحلى (ج 1 ص 20 ، 21) .
 (3) المغني (ج 2 ص 259) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 356) ونيل الأوطار (ج 3 ص 235) .
 (4) سورة النساء الآية (101) .
 (5) المغني (ج 2 ص 260) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 356) .
 (6) البخاري (ج 2 ص 54) .

الحالة الأولى : وهي أن لا يتخذ الملاح غير سفينتيه بيتاً للإقامة ، بل تكون سفينته بيته الوحيد إذ يكون على تشيها أهله وحاجاته ومؤنثه ، فإن كان كذلك فلا يُرخص له القصر ، ووجه ذلك : أن الملاح في هذه الحالة ليس ظاعناً عن منزله بل له حكم المقيم لما أنه ليس له غير سفينته بيت يؤويه ويقيم فيه وهو قول الحنابلة وسحنون من المالكية ، وهو قول الشافعية في الجملة ^(١) ؛ إذ ذهبوا (الشافعية) إلى أن الملاح في هذه الحالة يُباح في حقه القصر ، لكنه إن أتم صلاته كان أفضل ، قال الشافعي : وإذا كان الرجل مالكا للسفينة وكان فيها منزله وكان معه فيها أهله ، أو لا أهل له معه فيها ، فأحب إلي أن يتم ، وله أن يقصر إذا سافر ، وعليه حيث أراد مقاماً غير مقام سفير أن يتم ^(٢) .

وذهبت الحنفية والمالكية إلى أن الملاح في سفينته لا يكون مقيماً ، ووجه ذلك : أن المكان الصالح للإقامة هو موضع اللبث والاستقرار في العادة ، أمّا السفينة فليست موضعاً للإقامة والاستقرار في العادة ، حتى لو نوى الملاح الإقامة في السفينة لا يصير مقيماً ، وعلى هذا فإن له أن يقصر ويُقَطِر ^(٣) .

والراجع عندي قول الشافعية : وهو جواز القصر في الجملة ؛ استناداً إلى عموم قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ فِي الْأَرْضِ فَلْيَسْأَلْ عَلَى كَرَمٍ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ ^(٤) فهو يدل بعمومه على جواز القصر ، لكنه لو أتم كان أفضل . وأجد أن هذا الحكم ينسحب على المكاريين ^(٥) من سائقي الدواب وغيرها من الحافلات كالسيارات والطائرات والشحن ، وهؤلاء المكاريون الذين ينقلون الركاب من مكان إلى مكان حتى صار هذا العمل لهم دَيْئَلاً أرى خيراً لهم أن يُنشأوا ، وإن قصروا فهو جائز استناداً إلى عموم الآية : ﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ فِي الْأَرْضِ فَلْيَسْأَلْ عَلَى كَرَمٍ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾ .

الحالة الثانية : إذا كانت السفينة غير مُعدّة للإقامة بل كانت إقامة في غيرها فله أن

(١) المنهي (ج ٢ ص ٢٥٩) ، والأم (ج ١ ص ١٨٨) ، والمدونة (ج ١ ص ١١٨) .

(٢) الأم (ج ١ ص ١٨٨) .

(٣) البدائع (ج ١ ص ٧٨) ، والمدونة (ج ١ ص ١١١) .

(٤) سورة النساء الآية (١٠١) .

(٥) المكاري مفرد وجمعه المكاريون والأكرهاء ، والمكاري هو الذي يكرى الدواب ، والاسم الكروة بفتح الكاف والكروة والكرء بكسرهما بمعنى أسرة المسافر نقول : كراء مكاراة وكراء واكرء ، انظر المعجم الوسيط (ج ٢ ص ٧٨٩) ، والقاموس المحيط (ج ٤ ص ١٨٩) .

يَقْصُرُ الصَّلَاةَ وهو في البحر إن تَحَقَّقَتْ في ذلك شروطُ القصر الأخرى .
وهو في ذلك له من الحُكْمِ ما للمسافر في البر ؛ إذ يجوز له القصر بخروجه من
البحر ، وهو ما لا خلاف فيه (1) .

ما يصير به المسافر مقيماً

يصيرُ المسافرُ مقيماً بثلاثة أمورٍ إذا تحقق واحدٌ منها بات مقيماً وعليه الإتمام وتلكم
هي الأمور الثلاثة نعرض لها بالبيان والشرح :

الأمر الأول : نية الإقامة

فإن المُسافرَ لا يصير مقيماً إلا بالنية وذلك أن ينوي الإقامة في الموضع الذي وصله ،
فإذا قصد الإقامة صار غير مُسافرٍ وعليه حكم المقيم ؛ إذ يجب في حقه الإتمام ، حتى أنه
لو قَصَرَ وجب أن يعيد أربع ركعات ، ولو مكث في موضع ولم ينو الإقامة لم تفارقه
صفةُ السفر ، وذلك كما لو دخل يضرًا من الأمصار فمكث فيه شهراً ، أو أكثر ينتظر
قدومَ القافلة ، أو كان ذلك لحاجة من الحاجات وهو يقول في نفسه : أخرج اليوم أو غداً
أو بعد غدٍ من غير نيةٍ بالإقامة ، فإنه لم تهرحه صفةُ السفر وله بذلك أن يَقْصُرَ وذلك
الذي عليه عامة أهل العلم ، ووجه ذلك : أن نيةَ المقام مُعَيَّرةٌ مُقَامًا وبذلك فالنيةُ منفردةٌ
تُجْزِي في تحقيق المقام حتى لو مكث فترةً من الوقت من غير نيةٍ بالإقامة لا يكون مقيماً ،
وبذلك فإن النيةَ في الإقامة أَصْلٌ يُعَوَّلُ عليه ، وذلك بخلاف النية في الشقير ، فإنها لا
تُعْتَبَرُ سفرًا إلا بفعل السفر نفسه كالخروج من الثمران مثلاً (2) .

جاء في الموطأ عن سالم بن عبد الله أنه سُئل عن المسافر إذا كان لا يدري متى يخرج
يقول : أخرج اليوم بل أخرج غداً بل الساعة ؛ فكان كذلك حتى يأتي عليه ليالٍ ،
أيَقْصُرُ أم ما يصنع ؟ قال : يَقْصُرُ وإن تَمَادَى به ذلك شهراً (3) .

وقال الترمذي في شئبه : أجمع أهل العلم على أن المسافر يَقْصُرُ ما لم يجمع إقامة
وإن أتى عليه سنون (4) .

(1) المهذب (ج 1 ص 103) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 1 ص 256) وبلغة السالك (ج 1 ص 172)
وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 235) .

(2) المغني (ج 2 ص 258 ، 259) والألم (ج 1 ص 180) والبدائع (ج 1 ص 97) والمدونة (ج 1 ص 114 ،
115) والأنوار (ج 1 ص 133) . (3) الموطأ (ص 81) . (4) سنن الترمذي (ج 2 ص 434) .

وقال الشافعي : لو سافر رجل فمَرَّ بِبَلَدٍ فِي سَفَرِهِ فَأَقَامَ بِهِ يَوْمًا وَقَالَ : إِنْ لَقِيتُ فَلَانًا أَقَمْتُ أَرْبَعًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ قَصَرَ حَتَّى يَلْقَى فَلَانًا ، فَإِذَا لَقِيَ فَلَانًا أَتَمَّ ، وَإِنْ لَقِيَ فَلَانًا فَبَدَأَ لَهُ أَنْ لَا يَقِيمَ أَرْبَعًا أَتَمَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَوَى الْمَقَامَ بِلِقَائِهِ وَلَقِيَهُ ، وَالْمَقَامُ يَكُونُ بِالنِّيَّةِ مَعَ الْمَقَامِ ، وَنِيَّةُ السَّافِرِ لَا يَكُونُ لَهُ بِهَا الْقَصْرُ حَتَّى يَكُونَ مَعَهَا سَفَرٌ فَتَجْتَمِعُ النِّيَّةُ وَالسَّفَرُ ، وَلَوْ قَدِمَ الْبَلَدَ فَقَالَ : إِنْ قَدِمَ فَلَانٌ أَقَمْتُ فَانْتَظَرَهُ أَرْبَعًا أَتَمَّ بَعْدَهَا فِي الْقَوْلِ الَّذِي اخْتَرْتُ ، وَإِنْ سَافَرَ رَجُلٌ مِنْ مَكَّةَ إِلَى الْمَدِينَةِ ، وَلَهُ فِيمَا بَيْنَ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ مَالٌ أَوْ أَمْوَالٌ أَوْ مَاشِيَةٌ أَوْ مَوَاشٍ فَتَزَلْ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَقْصُرَ مَا لَمْ يَجْمَعْ الْمَقَامَ فِيهَا أَرْبَعًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْهَا ذُو قَرَابَةٍ أَوْ أَصْهَارٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَلَمْ يَنْوِ الْمَقَامَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ أَرْبَعًا قَصَرَ إِنْ شَاءَ ، فَقَدْ قَصَرَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَعَهُ عَامَ الْفَتْحِ فِي حُجَّتِهِ ، وَفِي حُجَّةِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلَقَدْ رَأَيْتُ مِنْهُمْ بِمَكَّةَ دَارًا أَوْ أَكْثَرَ وَقَرَابَاتٍ ، مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ لَهُ بِمَكَّةَ دَارٌ وَقَرَابَةٌ ، وَعُمَرُ لَهُ بِمَكَّةَ دُورٌ كَثِيرَةٌ ، وَعِثْمَانُ لَهُ بِمَكَّةَ دَارٌ وَقَرَابَةٌ ، فَلَمْ أَعْلَمْ مِنْهُمْ أَحَدًا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالِاتِّمَامِ وَلَا أَتَمَّ وَلَا أَتَمُّوا بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي قُدُومِهِمْ مَكَّةَ ، بَلْ خَفِظَ عَنْهُمْ خُفِظَ عَنْهُ مِنْهُمْ الْقَصْرُ بِهَا ⁽¹⁾ .

الأمر الثاني : نية مدة الإقامة

وذلك أن ينوي المسافر الإقامة مدة معينة ، فإذا قصد المسافر إقامة هذه المدّة صار مقيمًا وعليه الإتمام ؛ لانقطاع حكم السفر .

أما المدّة التي يصير فيها المسافر مقيمًا فهي موضع خلاف بين العلماء ؛ فقد ذهب الحنفية إلى أن أقلّها خمسة عشر يومًا وهو قول الثوري ⁽²⁾ ، واستدلوا على ذلك بحملة أخبار منها ما أخرجه النسائي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ « أقام بمكة خمسة عشر يُضِلُّ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ » ⁽³⁾ ، وأخرج البيهقي عن ابن عباس قال : « أقام النبي ﷺ عام الفتح فتح مكة خمسين عشرة بقصر الصلاة حتى سار إلى حنين » ⁽⁴⁾ .

وأخرج الترمذي عن ابن عمر أنه قال : « من أقام خمسة عشر يومًا أتم الصلاة » ⁽⁵⁾ .

وذكر صاحب الموطأ عن سعيد بن جبّير وسعيد بن المسيّب مثل ذلك ⁽⁶⁾ .

وذهب الشافعية والمالكية والليث والطبري وأبو ثور إلى أن أقل مدّة للإقامة أربعة أيّام

(2) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 235) .

(4) البيهقي (ج 3 ص 151) .

(6) الموطأ (ص 81) .

(1) الأم (ج 1 ص 187) .

(3) النسائي (ج 6 ص 121) .

(5) الترمذي (ج 2 ص 432) .

بَلَيَّالِيَهُمْ ، ليس فيهنَّ يومٌ كان فيه مسافراً ، ولا يومٌ يخرج في بقضيه ، فإن كان كهذا فقد وجب الإتمام ولم يصح القصْر ، وعلى هذا إن كانت المدة دون أربعة أيام لم تَبْرُخْهُ صفةُ السفر ، فما كان من المدة أربعةً فصاعداً كان ذلك إقامةً (1) .

واستدلُّوا على ذلك بمُجْمَلَةِ أخبار ، منها ما أخرجه النسائي عن العلاء بن الحضرمي قال : قال رسول الله ﷺ : « تَمَكُّثُ الْمُهَاجِرِ بَعْدَ قَضَائِ نُسُكِهِ ثَلَاثًا » (2) .

وأخرج البيهقي عن أسلم مولى عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه ضرب لليهود والنصارى والمجوس بالمدينة إقامةً ثلاثَ ليالٍ يتسَوَّقُونَ بها وَيَقْضُونَ حَوَائِجَهُمْ ولا يقيم أحدٌ منهم فوقَ ثلاثِ ليالٍ (3) . ووجهُ الاستدلالِ بذلك : أن المَكْثَ ما دون أربعة أيام لا يَكُونُ إقامةً وما كان أربعةً فصاعداً فهو إقامةً وبه تُتِمُّ الصلاةُ .

واحتجوا أيضاً بما جاء في الموطأ عن عطاء الخراساني قال : قال سعيد بن المسيب : من أجمع على إقامة أربعة أيام فَلْيَتِمِّمِ الصلاةَ (4) .

أما الخنابلة فقالوا : إن مدة الإقامة ما زاد على أربعة أيام . فإن تَوَيَّ أن يقيم بالبلد أربعة أيام فما دونها قصر الصلاة كما فعل النبي ﷺ لما دخل مكة ؛ فإنه أقام بها أربعة أيام يقصر الصلاة (5) .

وثمة أقوال أخرى للعلماء في تقدير مدة الإقامة غير الأقوال التي ذكرنا ، فقد قيل : إنها عشرة أيام ، وفي هذا أخرج مسلم والترمذي عن هشيم عن يحيى بن أبي إسحق عن أنس بن مالك قال : « خرجنا مع رسول الله ﷺ من المدينة إلى مكة فصلَّى ركعتين ركعتين حتى رجعت ، قلت : كم أقام بمكة ؟ قال : عشرة » (6) .

وثمة قولٌ إنها تسعة عشر يوماً ، وذلك لما رواه الترمذي عن ابن عباس عن النبي ﷺ : « أنه أقام في بعض أسفاره تسع عشرة فصلَّى ركعتين » قال ابن عباس : فنحن إذا أقمنا ما بيننا وبين تسعة عشرة صلينا ركعتين ، وإن زدنا على ذلك أتممنا الصلاة (7) .

(1) الألبار (ج 1 ص 133) والأم (ج 1 ص 186) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 357) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 172) والمذهب (ج 1 ص 103) .

(2) النسائي (ج 3 ص 122) . (3) البيهقي (ج 3 ص 148) .

(4) الموطأ (ص 81) . (5) فتاوى ابن تيمية (ج 1 ص 126) .

(6) مسلم (ج 2 ص 145) والترمذي (ج 2 ص 342) .

(7) الترمذي (ج 2 ص 432) .

وفي المسألة قولٌ غيرُ هذه الأقوال جميعاً ، وهو أن المسافر يقصر أبداً حتى يرجع إلى وطنه ، أو ينزل وطناً له ؛ فقد روي عن أنس أنه أقام سنتين بنيسابور يقصر الصلاة ، وقال أبو إسحق السبيعي : أقعنا ببجستان ومعنا رجالٌ من أصحاب ابن مسعود سنتين نصلي ركعتين ، وأقام ابن عمر بأذربيجان يصلي ركعتين ركعتين وكان الثلج حالاً بينهم وبين القنول .

والصحيح في مجمل هذه الأقوال : أنه لا نيةً لواحدٍ من هؤلاء المقيمين هذه المدة وإنما مثَّل ذلك أن يقول الواحدُ منهم : أخرج اليوم ، أخرج غداً ، فإن كان كذلك فلا عزيمة إذن على الإقامة ⁽¹⁾ .

الأمر الثالث : صلوة المكان للمركبة

وهو أن يكون المكان موضعاً للمكث والاستقرار في العادة ، وذلك كالأمصار والقرى ، أما المفازة فلا تصلح للإقامة لأنها ليست موضعاً للمكث أو الاستقرار عادةً ، وكذا السفينة في البحر لا تصلح للإقامة ولا يكون من فيها مقيم لأنها غير معدة للثبوت وهو قول الحنفية والمالكية ، وهو الأفضل عن الشافعية ؛ إذ قالوا : خيرٌ لمن يكون في السفينة أن يتم صلاته وإن قصر بخارج ، وعلى هذا لو نوى الإقامة في هذه الأمكنة لا يكون مقيماً .

أما الأعراب الذين يسكنون الخيام وبيوت الشعر في المقاريز والصحراء فهم مقيمون ؛ لأن هذه الأمكنة صارت في العادة مواضع إقامة ولَبِثَ بِأَتْخَاذِهَا لَهُمْ يُيُوتَا ⁽²⁾ .

ولو حاصر المسلمون مدينةً من مدائن أهل الحرب ووطئوها أنفسهم على الإقامة هنالك ؛ فإنهم لا يكونون مقيمين عند الحنفية ولا تصبح منهم نية الإقامة بل لهم أن يقصروا الصلاة ⁽³⁾ ، خلافاً للشافعية إذ جعلوهم مقيمين حيثما لبثوا ما دامت هذه المواضع أماكن قرارٍ لهم ⁽⁴⁾ .

والراجح عندي قول الشافعية ؛ لأن مثل هذه الأماكن مواضع أمنٍ وقرارٍ لهؤلاء ؛ فقد تجرَّث عادتُهم على المقام فيها .

هذه الأمور الثلاثة متفقٌ عليها ، على الخلاف في التفصيل ، على أن الحنفية قد

(1) تفسير القرطبي (ج ٩ ص ٣٩٧ ، ١٥٨) .

(2) البدائع (ج ١ ص ٧٨) والأم (ج ١ ص ١٨٨) والهلبي (ج ٥ ص ٢٥) والمغني (ج ٨ ص ٢٦١) .

(3) تحفة الفقهاء (ج ١ ص ٢٩٨) والهداية (ج ١ ص ٨١) .

(4) الأم (ج ١ ص ١٨٨) ومغني المحتاج (ج ١ ص ٢٦٤) .

أضافوا أمراً رابعاً يصير فيه المسافر مقيماً ، وهو أن توجد نية الإقامة في الأصل ليصير التابع مقيماً يتبع له من غير نية منه (التابع) ووجه ذلك : أن التابع قصده منوطٌ هنا بقصد الأصل فهو تابع له في النتيجة .

والتابع هو كل من وجبت طاعته لغيره كالزوجة تتبع زوجها ، والمدين المفلس يتبع دائته ؛ لأن له حق حبيسه وملازمته فيصير مقيماً يتبع له .

وكذا الفرد يتبع الإمام أو قائده في الجيش ، فهؤلاء وأمثالهم يُنَاط بهم أتباع غيرهم في النية ، وبذلك فالأصل إن كان مقيماً صار التابع مقيماً بإقامته ، فتقلب صلاته أربعاً إذا علم بنية إقامته . أما إذا لم يعلم بنية إقامة الأصل فلا تنقلب صلاته أربعاً حتى أن التابع إذا صلى صلاة المسافرين قبل العلم بنية إقامة المتبوع (الأصل) جازت صلاته ، ولا تجب عليه الإعادة ؛ لأن التكليف بالحكم قبل العلم يتضمن خرجاً ، والخرج في الشريعة مرفوع .

ويستخرج عن هذا الأصل أنه إذا اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت فإنه يجوز وتنقلب صلاته أربعاً ؛ لأن المقتدي تابع للأصل وهو الإمام ، والأداء (الصلاة في الوقت) يتغير بنية الإقامة ، فإذا نوى الإقامة في الوقت انقلب أداؤه أربع ركعات ويتغير تبعاً له أداء التابع وهو المقتدي ، وبذلك تصير صلاة المقتدي مثل صلاة الإمام فالإقتداء صحيح .

وإذا اقتدى المسافر بالمقيم خارج الوقت لا يصح ، وذلك لأن القضاء لا يتغير بالنية بعد خروج الوقت فلا يصير أربعاً ، وكذلك فإن القضاء لا يتغير بالإقامة تبعاً للإمام ، وعلى هذا فإن القعدة الأولى تكون فرضاً في حق المقتدي . نغلاً في حق الإمام ، واقتداء المفترض بالمتقفل لا يجوز .

أما اقتداء المقيم بالمسافر فإنه يجوز في الوقت وخارج الوقت (في الأداء والقضاء) ؛ وذلك لأن صلاة المسافرين في الحالين واحدة لا تتغير والقعدة الأولى في حقه فرض ، لأنها الأخيرة في حقه لكنها في حق المقيم نفل ؛ لأنها الأولى في حقه ، واقتداء المتقفل بالمفترض عند الحنفية جائز⁽¹⁾ ، وقالت المالكية بكراهية ذلك لمخالفة المقتدي نية إمامه⁽²⁾ .

(1) تحفة الفقهاء (ج 1 ص 259 ، 260) والهداية (ج 1 ص 81) .

(2) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 173) .

صفة السفر المجزئ للقصر

هل يجوز القصر في عامة أنواع السفر سواء ما كان بينه واجباً أو مندوباً أو مباحاً أو محرماً ؟
والسفر الواجب كالذي يكون في الجهاد أو الحج أو طلب العلم . والمندوب كالذي يكون في التكاثر ، والاعتيمار وحج النفل ، والمباح كالذي يكون في التجارة أو التنزه أو غير ذلك من وجوه السفر المباح .

وقد ذهب أكثر أهل العلم إلى أن الترخص المتعلقة بالسفر كالقصر والجمع والإفطار والصلاة على الراحلة ونحو ذلك ثباح في السفر الواجب والمندوب والمباح ، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية في أحد القولين لهم وهو مروي عن علي وابن عباس وابن عمر ، وقال به الأوزاعي وإسحق وآخرون ⁽¹⁾ ، ويحقق لذلك بأن عثومات الكتاب والسنة قد أباحوا القصر من غير تفريق بين أنواع السفر ⁽²⁾ .

أما السفر في المقضية فلا يجوز فيه القصر ، وسفر المقضية كما لو كان ذلك لقطع الطريق أو الاتجار في المحرمات كالخمر وغيره ، أو غير ذلك من وجوه السفر ليفعل المعاصي أو الإفساد في الأرض ، فإن مثل هذه الأسفار لا يباح فيها قصر الصلاة وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة ، ودليلهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ قَمِينَ أَمْسَلَرَّ غَيْرَ مَبَاحٍ وَلَا عَاوَرَا فَلَا إِيْمَ عَلَيْهِمْ ﴾ ⁽³⁾ ، فقد أباح الأكل لمن ليس عادياً ولا باغياً ، أما الباغي أو العادي فلا يباح له الترخص بالأكل ، وذلك لأنه لا ينبغي الترخص للمفسدة والفشاق بالتوسعة عليهم أو الرقبة بهم ؛ لأن الترخص إنما شرع للإعانة على تحصيل المقصد المباح تحقيقاً للمصلحة ، فلو شرع الترخص للمفسدة والفشاق لكان في ذلك إعانة على فعل الحرام وتحصيل للمفسدة ؛ والشرع منزهة عن هذا .

يُضاف إلى ذلك أن التخصيص في قصر الصلاة وردت في حق الصحابة وقد كانت أسفارهم مباحة فلا يثبت الحكم فيمن سفره مخالف لتقريرهم ⁽⁴⁾ .

(1) المغني (ج 2 ص 261) والألم (ج 1 ص 184) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 170) والأنوار (ج 1 ص 133) والجلد (ج 5 ص 22) .

(2) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 234) وسنن البيهقي (ج 3 ص 156) وبداية المجتهد (ج 1 ص 144) .
(3) سورة البقرة الآية (173) .

(4) المغني (ج 2 ص 262 ، 263) والألم (ج 2 ص 184) وبداية المجتهد (ج 1 ص 144) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 171) وتفسير القرطبي (ج 5 ص 355 ، 356) .

قال الإمام الشافعي : وسواء في القصر المريض والصحيح والعبد والحر والأنثى والذكر إذا سافروا معاً في غير معصية الله تعالى ، فأما من سافر باغياً على تسليم أو متعاقداً ، أو يقطع طريقاً ، أو يفسد في الأرض ، أو الرجل يخرج هارباً ليمتنع حقاً لزمته ، أو في مثل هذا المعنى أو غيره من المعصية فليس له أن يقصر ؛ فإن قصر أعاد كل صلاة صلاتها ؛ لأن القصر رخصة ، وإنما جعلت الرخصة لمن لم يكن عاصياً (1) .

وذهبت الحنفية وأهل الظاهر إلى جواز القصر في السفر بإطلاق ، يستوي في ذلك ما لو كان السفر في فعل مباح أو واجب أو في معصية ، وهو قول الثوري وأبي ثور والأوزاعي ، ووجه قولهم بالترخيص في سفر المعصية : إن جواز القصر جعله السفر كيفما كانت صفته ، فإن الآثار المروية فيه لم تفرق بين سفر وسفر (2) .

والراجح عندي قول الجمهور بعدم الترخيص في سفر المعصية ؛ لأن الرخص إنما شرعت من أجل الترفق بالناس والتيسير عليهم ، ولا يستحق ذلك من قصد بسفريه المعاصي وانتهاك الحرمات .

(1) الأم (ج 1 ص 184) .

(2) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 234 ، 235) وتحفة الفقهاء (ج 1 ص 255) والهداية (ج 1 ص 82) والمحلى (ج 4 ص 264) وبناية المجتهد (ج 1 ص 144) .

جمع الصلاة

هذه المسألة عظيمة الفائدة وفيها من الترخيص والرفق بالمسلمين ما لا يخفى ، وهي بذلك موضع تفصيل للعلماء ، على أن الجمع يكون في حالين :

الحال الأولى : ما لو كان الجمع في غزوة ومزدلفة من أيام التماسك ؛ فقد أجمع العلماء على أن الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة شئ ، وأن الجمع كذلك بين المغرب والعشاء في مزدلفة في وقت العشاء شئ أيضًا .

الحال الثانية : وهي الجمع في غير هذين الموضعين وهما عرفة ومزدلفة ، وذلك الذي فيه خلاف . وثمة قولان أساسيان للعلماء في ذلك :

القول الأول : وهو لجمهور العلماء وفيهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر وهو مروى عن سعيد بن زيد وسعد وأسامة ومعاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري وابن عباس وابن عمر وبه قال طاووس ومجاهد وعكرمة والثوري وإسحق وأبو ثور وابن المنذر ، فقد ذهب هؤلاء جميعًا إلى جواز الجمع بين الصلاتين في الشفر في وقت أحدهما ، وذلك أن يكون الجمع على سبيل التقديم كجمع المغرب مع العشاء في وقت المغرب ، أو على سبيل التأخير كجمع المغرب مع العشاء في وقت العشاء ، وكذا الظهر مع العصر ⁽¹⁾ .

وثمة تفصيل للإمام مالك في ذلك ؛ إذ قال : لا يجمع الرجل بين الصلاتين في الشفر إلا أن يجده به السير فإذا جده به السير جمع بين الظهر والعصر ، ويؤخر الظهر حتى يكون في آخر وقتها ثم يصليها ، ثم يصلي العصر في أول وقتها ، ويؤخر المغرب حتى تكون في آخر وقتها قبل مغيب الشفق ثم يصليها في آخر وقتها قبل مغيب الشفق ، ثم يصلي العشاء في أول وقتها بعد مغيب الشفق . وقال أيضًا : فأخبط ما فيه إلي أن يجمع بين الظهر والعصر في آخر وقت الظهر وأول وقت العصر يجعل الظهر في آخر وقتها والعصر في أول وقتها إلا أن يرتحل بعد الزوال فلا أرى بأسًا أن يجمع بينهما تلك الساعة ⁽²⁾ .

ودليل الجمهور على جواز الجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء جملة أخبار منها : ما أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر قال : « رأيت رسول الله ﷺ إذا

(1) بداية الاجتهاد (ج 1 ص 148) ومعني المحتاج (ج 1 ص 271) ، والمبدونة (ج 1 ص 111) ، وثمة السالك على شرح الدرر (ج 1 ص 174 ، 175) ، والمغني (ج 2 ص 271) والأبواب (ج 1 ص 135) .

(2) المبدونة (ج 1 ص 111) .

أعجله السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء » (1) .

وأخرج مسلم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ « جَمَعَ بَيْنَ الصَّلَاةِ فِي سَفَرِهِ سَافِرَهَا فِي غَزْوَةِ تَبُوكَ ؛ فَجَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ » قال سعيد بن جبیر : قلت لابن عباس : ما حملهُ على ذلك ؟ قال : أراد أن لا يُخْرِجَ أُمَّتَهُ .

وأخرج مسلم كذلك عن معاذ بن جبل قال : « جمع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء » ثُمَّ سَئِلَ : ما حملهُ على ذلك ؟ قال : أراد أن لا يُخْرِجَ أُمَّتَهُ (2) .

وأخرج مسلم عن ابن عباس أيضا أن رسول الله ﷺ « صَلَّى بِالْمَدِينَةِ سَبْعًا وَثَمَانِيًا : الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ » (3) .

وأخرج مسلم كذلك عن أنس بن مالك قال : « كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا ارْتَحَلَ قَبْلَ أَنْ تَرْتَبِعَ الشَّمْسُ آخِرَ الظُّهْرِ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ ثُمَّ نَزَلَ فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ زَاغَتِ الشَّمْسُ قَبْلَ أَنْ يَرْتَحَلَ صَلَّى الظُّهْرَ ثُمَّ رَكِبَ » (4) .

وأخرج مسلم كذلك عن عبد الله بن شقيق قال : خَطَبَنَا ابْنُ عَبَّاسٍ يَوْمًا بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى غَرَبَتِ الشَّمْسُ وَبَدَتْ النُّجُومُ وَجَعَلَ النَّاسُ يَقُولُونَ : الصَّلَاةُ الصَّلَاةُ ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ مِنْ بَنِي تَيْمٍ لَا يَفْتَرُ وَلَا يَنْقُصُ : الصَّلَاةُ الصَّلَاةُ ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : أَتَعْلَمُنِي بِالسَّنَةِ لَا أَمَ لَكَ ، ثُمَّ قَالَ : « رَأَيْتُمْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ » قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَقِيقٍ : فَحَاكَ فِي صَدْرِي مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ ، فَأَتَيْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ فَسَأَلْتُهُ فَصَدَّقَ مَقَالَتَهُ (5) .

تدل هذه الأخبار على جواز الجمع بين كلٍّ من الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ ، أَوِ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فِي وَقْتٍ لِاحِدَاهُمَا ، سواء كان ذلك تَقْدِيمًا وَهُوَ صَلَاةُ الثَّانِيَةِ فِي وَقْتِ الْأُولَى ، أَوْ تَأْخِيرًا وَهُوَ صَلَاةُ الْأُولَى فِي وَقْتِ الثَّانِيَةِ ، وَفِي ذَلِكَ مِنَ التَّخْفِيفِ عَلَى أَصْحَابِ الْأَعْدَارِ ، وَالرَّفْقِ بِهِمْ وَالتَّيسِيرِ عَلَيْهِمْ مَا لَا يَخْفَى . حَتَّى أَنْ الْجَمْعَ أَفْضَلُ مِنَ التَّفْرِيقِ ، وَهُوَ الرَّاجِحُ مِنْ أَقْوَالِ الْعُلَمَاءِ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ مَا لَوْ كَانَ الْمُتَرَحِّلُ نَازِلًا أَوْ سَائِرًا ، وَيَسْتَوِي كَذَلِكَ فِي الْمَسَافِرِ مَا لَوْ جَدَّ بِهِ السَّيْرُ . أَيْ أَعْجَلَ بِهِ . وَاجْتَهَدَ أَوْ كَانَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ خِلَافًا لِمَا اشْتَرَطَهُ مَالِكٌ فِيمَا رَوَى عَنْهُ ؛ فَقَدْ قَبِلْتُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ

(1 ، 2) مسلم (ج 2 ص 152) .

(1) البخاري (ج 2 ص 55) .

(5) مسلم (ج 2 ص 152) .

(4) مسلم (ج 2 ص 151) .

وهو نازل غير سائر ، ما كُثِّفَ في حَتَبَاتِهِ ، يَخْرُجُ فَيُصَلِّي الصَّلَاتَيْنِ جَمْعًا ثُمَّ يَنْصَرِفُ إِلَى حَتَبَاتِهِ ، وَلِأَنَّ الْجَمْعَ رَخِصَةً مِنْ رُخْصَةِ السَّفَرِ فَلَمْ يَخْتَصْ (الجمع) بِحَالَةِ السَّيْرِ (1) .

القول الثاني : وهو للإمام أبي حنيفة وأتباعه ، والحسن البصري وابن سيرين ؛ فقد ذهبوا إلى عدم جواز الجمع بين الصلاتين إلا في يوم عرفة بعرفة وليلة المزدلفة مزدلفة ، أما في غير هذين الموضعين فلا يجوز الجمع بحال واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى ﴾ (2) أي في مواقيتها ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾ (3) أي فرضاً مَوْقُوتًا .

واستدلوا بالخبر : « من جمع بين صلاتين في وقت واحد فقد أتى بها من الكبائر » (4) ومن استدلالهم بالنظر : أن المواقيت للصلاة إنما تَثَبَّتْ بالتواتر فلا مسامح لتركها بخبر الواحد ، وقالوا أيضًا : مثلما لا يُجْتَمَعُ بين العشاء والفجر ولا بين الفجر والظهر لاختصاص كل واحد منهما بوقتٍ منصوصٍ عليه شرعًا فكذلك الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء .

وفي تأويل الأخبار التي استدلت بها الجمهور على جواز الجمع قالوا : إن الجمع كان فعلًا لا وقتًا وبه نقول : وبيان ذلك : أَنَّ الْمُسَافِرَ يُؤَخِّرُ الظُّهْرَ إِلَى آخِرِ وَقْتِهِ فَيُصَلِّي الظُّهْرَ ثُمَّ يَمْكُثُ سَاعَةً حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ الْعَصْرِ فَيُصَلِّيْهَا فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ ، وَكَذَا يُؤَخِّرُ الْمَغْرِبَ إِلَى آخِرِ وَقْتِهِ ثُمَّ يَصَلِّيْهَا فِي آخِرِ الْوَقْتِ ثُمَّ يُصَلِّي الْعِشَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ ؛ فَيَكُونُ بِذَلِكَ جَامِعًا بَيْنَهُمَا فَعْلًا وَلَيْسَ وَقْتُهَا ، وَبِمَبَارَةِ أُخْرَى : فَإِنَّ الْجَمْعَ الَّذِي تَضُمُّنُهُ الْأَخْبَارُ الَّتِي اسْتَدَلُّ بِهَا الْجُمْهُورُ لَيْسَ إِلَّا جَمْعًا صَوْرِيًّا وَهُوَ تَأْخِيرُ الظُّهْرِ إِلَى آخِرِ وَقْتِهِ وَتَقْدِيمُ الْعَصْرِ إِلَى أَوَّلِ وَقْتِهِ وَكَذَا الْمَغْرِبُ وَالْعِشَاءُ (5) .

والراجح عندي قول الجمهور بجواز الجمع ، لما يؤيد ذلك من أخبارٍ صريحةٍ صَحَّاحٍ في أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَجْتَمِعُ بَيْنَ صَلَاتَيْنِ فِي وَقْتٍ إِحْدَاهُمَا ، وَمِنْ جِهَةِ أُخْرَى ؛ فَإِنَّ

(1) المنهني (ج 2 ص 271) والأنوار (ج 1 ص 137 ، 138) ولهاوى ابن تيمية (ج 1 ص 125) .

(2) سورة البقرة الآية (238) . (3) سورة النساء الآية (103) .

(4) نص الحديث في سنن الدارقطني عن : حنبل عن عكرمة عن النبي ﷺ قال : « من جمع بين صلاتين من غير علمٍ فَقَدْ أَتَى بِهَا مِنْ أَبْوَابِ الْكِبَائِرِ » وقال : حنبل متروك . انظر الدارقطني (ج 1 ص 150) .

(5) المبسوط للشيخ (ج 2 ص 149) وسبل السلام (ج 2 ص 42) والاختيار (ج 1 ص 150) وبداية المجتهد (ج 1 ص 146) ونيل الأوطار (ج 3 ص 246) .

الترخيص بالجمع مبنًى على السهولة والتيسير والرفق بذوي الأعذار .

أما قول الحنفية في المسألة فلا جرم أن يأتي مجانباً لحصالي التسهيل والرفق ؛ فإن تصوّرهم لطريقة الجمع تتضمن من التكليف ما لا يطابق فضلاً عن التكليف الذي ينافي سماحة الشرع في اثباته على اللين والتيسر ، فقولهم بتحري آخر الوقت وأول الوقت لأداء الصلاة فيهما بحيث لا يبقى من وقت الصلاة الأولى إلا ما يتسبّع لأدائها فيه من الحرج والضيق ما لا يخفى .

جمع الجمعة مع العصر

يجوز الجمع بين صلاة الجمعة والعصر تقديمًا فيؤدي صلاة العصر عقيب صلاة الجمعة في وقتها (الجمعة) ، ولا خلاف في ذلك بين المجيزين للجمع ، وغني عن البيان أنه لا يجوز جمع الجمعة مع العصر تأخيرًا ؛ وهو أن تؤخر صلاة الجمعة إلى العصر لأدائها جميعًا فإن وقت الظهر مُتَتَمِّين لصلاة الجمعة .

شروط الجمع

يُشترط لجواز الجمع أربعة شروط تُقرض لها في هذا التفصيل :

الشرط الأول : الترتيب

وهو يعني البدء بالصلاة الأولى وهي الظهر ثم العصر ، أو المغرب ثم العشاء ، ولا يجوز العكس ، فلو صلى العصر قبل الظهر لم تصبح صلاة العصر واجبًا لإعادتها بعد الظهر إن أراد الجمع ، وكذا لو صلى العشاء قبل المغرب ؛ لأن صلاة العشاء تابعة لصلاة المغرب عند الجمع ولا يجوز أن يتقدم التابع على متبوعه .

ويستخرج عن هذا الشرط ما لو صلاهما جميعًا مُتَتَمِّينًا بالصلاة الأولى ثم استبان له فسادها لغوات شرط أو ركن فسدت الثانية كذلك لانعدام الشرط وهو البدء بالأولى ، وبطلان الأولى يجعلها كالمقدمة فتقع الصلاة الثانية غير تابعة وهو بخلاف ما بيناه من اشتراط الترتيب وحصول التبعيّة .

على أنه لا يُقصدُ بفساد الثانية بطلان أصل الصلاة ؛ فهي مؤداة باعتبارها نافلة لكن المقصود بطلان كونها عصرًا أو عشاء ؛ فهي بذلك تُلَقِّقُ نافلةً على الصحيح (1) .

(1) معني المحتاج (ج 1 ص 272) والمغني (ج 2 ص 272) وأسهل المدارك (ج 1 ص 235) .

على أن المالكية يُوافقون المُجيزين في أصل الجمع إلا أنهم اشترطوا أن تُؤخَّر الصلاة الأولى وتقدَّم الصلاة الثانية فيصليهما في وسط الوقت فيؤدُّن للأولى خارج المسجد وللثانية في داخله ⁽¹⁾ .

الشرط الثاني : نيَّة الجمع

تجب النيَّة لجواز الجمع سواء في ذلك الجمع في وقت الصلاة الأولى . (جمع التقديم) أو الجمع في وقت الصلاة الثانية (جمع التأخير) ، وهو قول الشافعية والمالكية ، والحنابلة في أحد القولين لهُم ، وفي قولهم الثاني لم يشترطوا النيَّة للجمع ⁽²⁾ .
أما وقت النيَّة في جمع التقديم فتَمَّة قولان فيه :

القول الأول :

تُلزَم النيَّة عند ابتداء الصلاة الأولى أي عند تكبيرة التَّحريم فيها ؛ لأنَّ النيَّة واجبة للصلاة فلا يجوز تأخيرها عن الإحرام ، وهو قول الشافعية والحنابلة في أحد الوجهين لكلِّ من المذَّهبتين .

القول الثاني :

يجوزُ النيَّة قبل الفراغ من الصلاة الأولى فتجوز بذلك في أثناء الصلاة أو مع التَّحليل منها ، فإن لم يثر هكذا بطلَّ الجمع وتعيَّن تأخير الثانية إلى وقتها ، وهو الوجه الثاني لكلِّ من الشافعية والحنابلة ⁽³⁾ .

أما النيَّة في جمع التأخير فليست شرطاً عند الشافعية على الصَّحيح من مذهبهم بل يُشْتَعَب ذلك استحباباً ، وتجب في قولهم الثاني كما في جمع التقديم ⁽⁴⁾ .

أما الحنابلة فقالوا : إنَّ يَجْمَع في وقت الثانية فتؤمِّن النيَّة في وقت الأولى من أوَّلِهِ إلى أن يبقى منه قدر ما يُصليها ؛ لأنه متى أُنْخِر النيَّة عن ذلك صارت الصلاة قضاء لا تجزئاً ⁽⁵⁾ ،

(1) أسهل المدارك (ج 1 ص 216) والمدونة (ج 1 ص 110) .

(2) المغني (ج 2 ص 274) والمذهب (ج 1 ص 104) والأنوار (ج 1 ص 136) ومغني المحتاج (ج 1 ص 272) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 276) وأسهل المدارك (ج 1 ص 238) .

(3) المذهب (ج 1 ص 104) والمغني (ج 2 ص 274) .

(4) حاشيتنا القلوبي وعيمرة (ج 1 ص 266) والأنوار (ج 1 ص 136) .

(5) المغني (ج 2 ص 274) .

وذلك على القول يُوجِبُ النية وهو أحد الوجهين في المذهب .

أما المالكية فذكر عنهم في ذلك قولان :

أحدهما : عدم لزوم نية الجمع عند الصلاة الأولى فلو تركها لم تبطل الصلاة .

ثانيهما : لزوم نية الجمع ⁽¹⁾ .

الشرط الثالث : الموالاة

وهي أن يواصل بين الصلاتين فلا يفرق بينهما إلا تفريقاً يسيراً ، فإن طال الفصل بين الصلاتين بطل الجمع ، وذلك لأن الجمع مغناه المتابعة أو المقاربة بين الصلاتين ، فإن فارق بينهما تفريقاً كثيراً انقطعت المتابعة أو المقاربة فبطل الجمع سواء كان التفريق بينهما نتيجة لسهو أو نوم أو انشغال أو غير ذلك من ومجوه القطع والتفريق .

أما التفريق اليسير بين الصلاتين فإنه لا يقطع الجمع بينهما لأنه مما يصحب التحرز منه ، والمغفّر في التمييز بين اليسير والكثير العرف ، وعلى هذا لو احتاج إلى الوضوء أو التيمم فعله إذا لم يطل ، وكذا لو تكلم كلاماً يسيراً أو نحو ذلك من الأفعال أو الأقوال اليسيرة لا يبطل الجمع .

أما لو صلى السنة بين الصلاتين بطل الجمع ، لأن ذلك يطول وبه ينقطع الجمع وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، أما المالكية فتمنع أنهم يوافقون هؤلاء في عدم التثقل بين الصلاتين كيلا ينقطع الجمع إلا أنهم يذهبون في التوسعة في حجم التيسير من الأفعال أكثر من الآخرين فإن المستفاد من أقوالهم أن التثقل بين الصلاتين لا يمتنع الجمع إلا أن تكثر التوافل بحيث يذلل وقت الظلمة الشديدة فيتوث الجمع ⁽²⁾ .

أما في جمع التأخير وهو أن تؤخر الصلاة الأولى إلى وقت الثانية فإنه لا يجب فيه الترتيب بين الصلاتين ولا الموالاة بينهما ولا نية الجمع في الصلاة الأولى وهو الظاهر والمقتضى عند القائلين بجواز الجمع .

ووجه قولهم في عدم الترتيب : أن الوقت في جمع التأخير صار للصلاة الثانية فلا يصير تابعة للأولى .

(1) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 276) وأسهل المدارك (ج 1 ص 238) .

(2) مغني المحتاج (ج 1 ص 273) والمغني (ج 2 ص 279) وأسهل المدارك (ج 1 ص 236) والأبواب (ج 1 ص 136) .

أما عدم الموالاة ؛ فَلأنَّ الصلاة الأولى يُخْرِجُ وفيها الأصلي صارت شبيهةً بالصلاة الفائتة بدليل عدم الأذان لها .

ويُنْتَهِي على وجوب الموالاة عدم وجوب نيَّة الجمع ، وقيل : يجب ذلك كما في جمع التقديم ، وقيل : الثالث (الترتيب والموالاة والنية) سنة .

وقيل : يجب من ذلك نيَّة الجمع قبل خروج وقت الصلاة الأولى برمن لو انقضت فيه كانت أداء ، وقيل غير ذلك ⁽¹⁾ .

الشرط الرابع : عدم العذر المبيح للجميع

وذلك في ثلاث حالات هي :

افتتاح الصلاة الأولى : وهي الظهر أو المغرب ، ثم الفراغ منها ، ثم افتتاح الصلاة الثانية وهي العصر أو العشاء ، فإذا بقي العذر مستمرا طيلة هذه الحالات الثلاث جاز الجمع ، أما إذا زال العذر في واحدة من هذه الحالات الثلاث لا يجوز الجمع ، فلو زال العذر أثناء الصلاة الأولى ثم عاد قبل الفراغ منها أو انقطع بعد الإحرام بالثانية جاز الجمع ولم يؤثر انقطاعه ؛ لأنه قد وجد في حال الإحرام بالأولى وفي وقت انعقاد الجمع وهو آخر الأولى وأول الثانية فلا يضر انعاده في غير ذلك .

ولو نوى المسافرين الإقامة أثناء الصلاة الأولى انقطع الجمع والقصر ولزمه الإتمام ، أما لو عاد فتوى السفر فلا يحتاج له الترخيص حتى يفارق البلد الذي هو فيه ، وإن نوى الإقامة بعد الإحرام بالثانية أو دخلت به السفينة موطنه أثناءها جاز له إتمام صلاته قياسا على انقطاع المطر وهو قول الشافعية والحنابلة ⁽²⁾ ، أما المالكية فهم يجعلون الشروع في الصلاة الأولى متاعلا للجواز ، حتى لو انقطع العذر بعد الشروع في الأولى كان الجمع صحيحا ، وعلى هذا لو شرعوا في صلاة المغرب لوجود سبب الجمع كالمطر مثلا فلما صلوها أو بعضها ارتفع السبب ؛ فإنه يجوز لهم التماسدي على الجمع ⁽³⁾ .

(1) معنى المحتاج (ج 1 ص 271) والمفني (ج 2 ص 279) .

(2) معنى المحتاج (ج 1 ص 274) والمفني (ج 2 ص 280) .

(3) أسهل المدارك (ج 1 ص 237) .

الإعذار المهيضة للجمع

ثَلَاثَةُ أَعْدَاذٍ سِوَى السَّفَرِ يُتَبَاحُ لَوُجُودِهَا الْجَمْعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا ، وَجَمْلَةً هَذِهِ الْأَعْدَاذُ هِيَ : الْمَطَرُ ، وَالْوَحْلُ ، وَالرَّيْحُ الشَّدِيدَةُ ، وَالْمَرَضُ ، وَالْخَوْفُ ، وَهِيَ أَعْدَاذٌ تَفَارَقَتْ فِيهَا أَقْوَالُ الْعُلَمَاءِ مِنْ حَيْثُ الْإِيجَابُ أَوْ النِّفْيُ ، وَهُوَ مَا نَعْرَضُ لَهُ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ :

الجمع في المطر

اتَّفَقَتْ كَلِمَةُ الْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ - الشَّافِعِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ - عَلَى جَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ مِنْ أَجْلِ الْمَطَرِ ، لَكِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ مِنْ أَجْلِ السَّبَبِ نَفْسِهِ (الْمَطَرُ) ؛ فَقَدْ ذَهَبَتْ الشَّافِعِيَّةُ إِلَى جَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي وَقْتِ الْأُولَى (يَجْمَعُ تَقْدِيمًا) وَعَلَى هَذَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ فِي الْحَضَرِ تَقْدِيمًا بِغَيْرِ الْمَطَرِ وَالْتِجَاعِ وَالْبُرْدِ الدَّائِمِينَ بِشُرُوطِ التَّرْتِيبِ وَالْمُزَالَةِ وَبَيِّنَةُ الْجَمْعِ ، وَأَنْ يُصَلِّيَ جَمَاعَةً فِي مَسْجِدٍ بَعِيدٍ ، وَأَنْ يَتَأَذَّى بِهِ فِي الطَّرِيقِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْمَطَرُ مُوجُودًا عِنْدَ تَحْرِمِ الصَّلَاتَيْنِ وَالْتِحَالُلِ مِنَ الْأُولَى لَا غَيْرَ ، وَبِعِبَارَةِ أُخْرَى : فَإِنَّهُ يُشْتَرَطُ لَصَحَّةِ الْجَمْعِ : وَجُودُ الْمَطَرِ فِي أَوَّلِ الصَّلَاتَيْنِ لِيُقَارَنَ الْجَمْعُ الْعَدْرُ فَيُتَّصَلَ الْعَدْرُ بِأَوَّلِ الثَّانِيَةِ ، وَلَا يَضُرُّ انْقِطَاعُ الْمَطَرِ فِي أَثْنَاءِ الْأُولَى أَوْ الثَّانِيَةِ أَوْ بَعْدَهَا (1) .

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : « صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمِيعًا بِالْمَدِينَةِ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلَا سَقَرٍ » وَزَادَ أَبُو دَاوُدَ فِي سَنَنِهِ : قَالَ مَالِكٌ : أَرَى ذَلِكَ كَانَ فِي مَطَرٍ (2) .

وَأَخْرَجَ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا جَمَعَ الْأَمْرَاءَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ يَجْمَعُ بِهِمْ فِي لَيْلَةِ الْمَطَرِ (3) .

وَأَخْرَجَ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ مُعَاذِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ خُبَيْبٍ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي الْمَطَرِ قَبْلَ الشُّفُقِ (4) .

(1) المهلب (ج 1 ص 105) ومغني المحتاج (ج 1 ص 275) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 1 ص 267) والأنوار (ج 1 ص 127 ، 128) .

(2) مسلم (ج 2 ص 151) ، وأبو داود (ج 2 ص 6) .

(3) (ج 4) البيهقي (ج 3 ص 168) .

وأخرج البيهقي أيضًا عن عروة وسعيد بن المسيّب وأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث الخزازي أنهم كانوا يَجْتَمِعُونَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فِي اللَّيْلَةِ الْمَطِيرَةِ إِذَا جَمَعُوا بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ وَلَا يَتَكَبَّرُونَ ذَلِكَ ⁽¹⁾ .

أما المالكية والحنابلة فقالوا : لا يجوز الجمع بسبب المطر إلا بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ ، أما الظاهر والعصر فلا يجوز الجمع بينهما ⁽²⁾ وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ : أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ مِنَ الْخَبَرِ فِي الْجَمْعِ بِسَبَبِ الْمَطَرِ إِلَّا بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ ، أما بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فَلَمْ يَرِدْ فِيهِ شَيْءٌ ، وقالوا : لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى صَلَاةِ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ لِأَنَّ فِيهِمَا مِنَ الْمَشَقَّةِ لِأَجْلِ الظُّلُمَةِ وَالْمَقَرَّةِ ، وكذلك لا يجوز القياس على الشُّفْرِ ، لأنَّ مَشَقَّةَ الشُّفْرِ لِأَجْلِ السَّيْرِ وَفَوَاتِ الْوَقْفَةِ وَهُوَ غَيْرُ مُوجُودٍ فِي الْجَمْعِ هُنَا ⁽³⁾ .

على أن المطر المبيح للجمع ما كان يُلِّ الثَّيَابَ وَيُلْحَقُ الْمَشَقَّةَ بِالْمَصْلِي بِالْخُرُوجِ فِيهِ ، أما الطَّلُ أَوْ الْمَطَرُ الْخَفِيفُ الَّذِي لَا تَتَأَثَّرُ بِهِ الْأَبْدَانُ وَلَا تَتَثَقَّلُ مِنْهُ الثَّيَابُ فَلَا يُبَاحُ بِهِ الْجَمْعُ ، وَيُلْحَقُ بِالْمَطَرِ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ كُلُّ مِنَ الثَّلْجِ وَالْبَرَدِ .

الجمع للوقل

الوقل بالتحريك : الطين الرقيق الذي ترتطم فيه الدواب ، والوقل بالسكون : لغة رديئة ، والجمع أَوْحَالٌ وَوُحُولٌ ، واشتغل المكاثر صار فيه الوخل ⁽⁴⁾ .

والوقل في الطريق لما فيه من طين وبلّة عذّر يُبَاحُ بِهِ الْجَمْعُ ، لأنَّ السَّيْرَ إِلَى الْمَسْجِدِ فِي الطَّرِيقِ الْمُوحَلِّ تَأْذِي مِنْ الثَّيَابِ وَالْأَبْدَانِ وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْمَشَقَّةِ مَا لَا يَخْفَى ، وهو قول الحنابلة والمالكية ⁽⁵⁾ ، خلافاً للشافعية إذ قالوا : إنَّ الطين والبلّة في الطريق لَا يَكُونُ عَذْرًا يُبَاحُ بِهِ الْجَمْعُ ، لأنَّ ذَلِكَ كَانَ مُوجُودًا زَمَنَ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يُتَقَلَّ عَنْهُ أَنَّهُ يَجْمَعُ مِنْ أَجْلِهِ ⁽⁶⁾ .

(1) البيهقي (ج ١ ص ١٤٧) .

(2) المنذري (ج ٢ ص ٢٧٤) والمدونة (ج ١ ص ٣١٠) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج ١ ص ١٧٥) .

(3) للمنذري (ج ٢ ص ٢٧٤) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج ١ ص ١٧٥) وأسهل المدارك (ج ١ ص ٢٣٥) وفتاوى ابن نيمية (ج ١ ص ١٧٤) وبداية المجتهد (ج ١ ص ١٤٧) .

(4) لسان العرب (ج ١١ ص ٢٧٤) ومختار الصحاح (ص ٧١٢) .

(5) للمنذري (ج ٢ ص ٢٧٤) وفتاوى ابن نيمية (ج ١ ص ١٢٥) وأسهل المدارك (ج ١ ص ٢٣٥) والمدونة (ج ١ ص ١١٠) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج ١ ص ١٧٥) .

(6) المهذب (ج ١ ص ١٠٩) والأبرار (ج ١ ص ١١٨) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج ١ ص ٢٤٧) .

الجمع للريح الشديدة والظلمة

ذهبت المالكية والحنابلة في الأصح من قَوْلَيْهِمْ إلى إباحة الجمع بسبب الريح الشديدة والظلمة ⁽¹⁾ ، وقد استدلوا على ذلك بما رَوَاهُ مسلمٌ عن ابنِ عمرَ : أنه تَأَدَّى بِالصَّلَاةِ فِي لَيْلَةٍ ذَاتِ بَرْدٍ وَرِيحٍ وَمَطَرٍ فَقَالَ فِي آخِرِ نَدَائِهِ : أَلَا صَلُّوا فِي رِحَالِكُمْ ، أَلَا صَلُّوا فِي الرِّيحِ ، ثُمَّ قَالَ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَأْمُرُ الْمُؤَدَّنَ إِذَا كَانَتْ لَيْلَةٌ بَارِدَةٌ أَوْ ذَاتُ مَطَرٍ فِي السَّفَرِ أَنْ يُقَالَ : « أَلَا صَلُّوا فِي رِحَالِكُمْ » ⁽²⁾ وفي هذا ما يدل على إباحة ترك الجماعة والجماعة .

وفي رواية أخرى لمسلم أن ابنَ عمرَ : أَدْنَى فِي لَيْلَةٍ ذَاتِ بَرْدٍ وَرِيحٍ فَقَالَ : « أَلَا صَلُّوا فِي الرِّيحِ » ، ثُمَّ قَالَ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُ الْمُؤَدَّنَ إِذَا كَانَتْ لَيْلَةٌ بَارِدَةٌ أَوْ ذَاتُ مَطَرٍ يَقُولُ : « أَلَا صَلُّوا فِي الرِّيحِ » ⁽³⁾ ، فقد أباح ترك الجماعة والصلاة في البيوت درءاً للتعشقة الناجمة عن الخروج في الريح الشديدة في الليلة المظلمة ذات البرد الشديد ⁽⁴⁾ .

أما الشافعية : فإنه لا يجوز الجمع بسبب الريح والظلمة في الأصح من قَوْلَيْهِمْ ؛ إذ قالوا : لا يجوز الجمع بغير الشفر والمطر ، فما كان سواهما من أعذار لا يحتاج من أجلها الجمع ؛ لأن ذلك لم يَرِدْ فِيهِ نَهْيٌ ⁽⁵⁾ .

الجمع للمرض

يجوز الجمع بسبب المرض إن كَانَ الْخُرُوجُ إِلَى الْمَسْجِدِ فِي عَائَةِ الْأَوْقَاتِ يُنْسَى الْبَرَاءُ أَوْ يَزِيدُ عَلَى الْمَرَضِ ، فَإِنْ كَانَ الْجَمْعُ قَدْ أُبِيحَ بِسَبَبِ الْمَطَرِ دَرءاً لِلتَّعَشُّقِ فَلَا يَجُزُّ أَنْ تَكُونَ إِبَاحَتُهُ لِلْمَرِيضِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْمَرِيضَ أَحَقُّ بِالرَّفْقِ وَالتَّرَخُّصِ مِنَ السَّلِيمِ ، وَمَا لَا رَيْبَ فِيهِ أَنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى التَّسْهِيلِ وَالرَّحْمَةِ ؛ فَهِيَ تَقْرِصُ عَلَى التَّيْسِيرِ وَتُبْذِلُ الْخُرْجَ ، وَبِذَلِكَ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَخْشِيَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ لِحَقِّقَتْ بِهِ مَشَقَّةٌ جَرَاءَ الْخُرُوجِ ، أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ سِوَاءَ فِي ذَلِكَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ ، أَوْ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ ، وَمَنْ الْأَفْضَلُ أَنْ يَكُونَ جَمْعُهُ تَقْدِيمًا وَلَيْسَ تَأْخِيرًا ؛ لِأَنَّ جَمْعَ التَّأْخِيرِ يُكَلِّفُهُ الْإِنْتِظَارَ فِي الْمَسْجِدِ إِلَى

(1) المغني (ج 2 ص 276) وأسهل المدارك (ج 1 ص 235) والمدينة (ج 1 ص 110) .

(2) ، (3) مسلم (ج 2 ص 147) .

(4) المغني (ج 2 ص 275 ، 276) والمدينة (ج 1 ص 110) وفتح الباري لابن حجر (ج 2 ص 157) .

(5) مغني المحتاج (ج 1 ص 275) والألوار (ج 1 ص 138) .

أَوَّانِ الصلاة الثانية ، وفي ذلك من المشقة والضيق ما فيه ، وهو قولُ الحنابلة والمالكية (1) خلافاً للشافعية ؛ فهم لا يُجيزُونَ الجمع للمريض وهو ما يُثبِّتُه سابقاً .

الْجَمْعُ الْخَوْفُ

ذهب أكثرُ أهل العلم إلى عدم جواز الجمع لغير ما يُثبِّتُه من أسبابٍ وهي : السفر والمطر والزعل والرييح والظلمة والمرض ، وذلك للأخبار الدالة على هذه الأعذار ، وهي لم يرد فيها ذكرُ الخوف .

وذهب آخرون إلى اعتبار الخوف لجواز الجمع بين الصلاتين تقييداً أو تأخييراً ، وهو قولُ ابن شبرمة وأهل الظاهر ، وقال به أشهب من المالكية ويُشَدِّدُ على ذلك بما أخرجه مسلم عن ابن عباس قال : « صَلَّى رسولُ الله ﷺ الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا سفر » (2) .

وفي رواية له أخرى قال : « صَلَّى رسولُ الله ﷺ الظهر والعصر جميعاً بالمدينة في غير خوف ولا سفر » وقال : أراد أن لا يُخرج أحداً من أمته (3) .

وفي رواية أخرى لمُشَلِّم قال ابن عباس : « يجتمع رسولُ الله ﷺ في غير خوف ولا مطر » وقال : كي لا يُخرج أمته (4) .

ووجه الاستدلال بهذه الأخبار : أن عبلة الخوف أولى بالاعتبار في إباحة الجمع من عبلة السفر أو المطر ، لأن المشقة والخطر على الخائف أكبرُ منهما على المسافر .

ومن جهة أخرى : فإن الأخبار تدلُّ بفحواها على إباحة الجمع للمطر والخوف وهو المقصودُ في المسألة (5) وهو ما تُرْجِّحُه والله سبحانه وتعالى أعلم .

الجمع لغير سبب

هل يُباح الجمع بين صلاتين لغير عُذر ؟ وهو أن لا يكون ثمة عُذر من سفر أو مطر أو مرض أو ريح أو ظلمة أو طين ، ثمة تفصيلٌ في ذلك :

فقد ذهب جمهورُ العلماء إلى أنه لا يجوزُ الجمعُ إلا لِغُذْرٍ من سفر أو مطر أو غير

(1) المدونة (ج 1 ص 110) والمغني (ج 2 ص 277) وبداية المجتهد (ج 1 ص 149) .

(2) مسلم (ج 2 ص 151) . (3) مسلم (ج 2 ص 152) .

(4) المغني ١ ج 2 ص 278 ، منها الأمل ١ ص ٦ ، 2 ص 248 ، بداية المجتهد ١ ص 149 ، 150 .

ذلك من الأعذار المذكورة ؛ لأن الأصل في الوجوب هو أن تتأدى فريضة الصلاة في وقتها المعتبر ، قال سبحانه وتعالى في ذلك : ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾ (1) فلا يجوز أن تتأدى الصلاة بخلافها للأصل من تعيين الوقت إلا بدليل ، وليس من دليل (2) .

وذهب جماعة إلى أنه يجوز الجمع من غير عذر ، وهو قول أهل الظاهر وابن شبرمة وابن سيرين وربيعة وابن المنذر وقال به أشهب من المالكية (3) .

وحججهم في ذلك ما رواه مسلم عن ابن عباس قال : « صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر جميعًا بالمدينة في غير خوف ولا سفر » ولما سُئِلَ ابنُ عباس عن ذلك قال : أراد أن لا يُخرج أحدًا من أمته (4) .

وكذلك أخرج مشيّم عن ابن عباس قال : « جمع رسول الله ﷺ بين الظهر والعصر المغرب والعشاء بالمدينة في غير خوف ولا مطر » (5) .

وقد ردّ الجمهور الاستدلال بحديث ابن عباس هذا لما يُخالطه من احتمال يسقط معه الاستدلال ؛ إذ قالوا : إن حديث ابن عباس يُمكن تأويله على أنه محمول على المريض أو على من تلحق به مشقة أو خرج في ترك الجمع كالمرضع أو الضعيف أو الشيخ الكبير ، وعلى هذا فلا مُشاغ للاستدلال بهذا الحديث في هذا الموضع ، وهو ما نُرجحه ونميل إليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

هل يباح الجمع في البيت

ذهب الشافعية والمالكية ، والحنابلة في أحد القولين لهم إلى أنه لا يُباح الجمع في البيت بحال ، سواء كان ذلك انفرادًا أو في جماعة ، وَرَجْهُ ذلك : أن الجمع رخصة مُخصّصة بالمسجد دون غيره من البيوت ؛ لأن غاية الجمع هو دَرءُ المشقة الحاصلة بالخروج حيث المطر أو البرد أو الوحل أو الريح أو الظلمة في الطريق ، أما في البيت فلا

(1) سورة النساء الآية (103) .

(2) المغني (ج 2 ص 278) ومغني المحتاج (ج 1 ص 275) والمدينة (ج 1 ص 110) والأنوار (ج 1 ص 138) .

(3) بداية المجتهد (ج 1 ص 150) ونيل الأوطار (ج 3 ص 248) والمغني (ج 2 ص 278) .

(4) مسلم (ج 2 ص 151) .

(5) مسلم (ج 2 ص 152) .

مشقة وعلى هذا لا مُتَسَاخٍ لِلْجَمْعِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ (1) .

وذهبت الحنابلة في قولهم الثاني إلى جواز الجمع في البيت ، ووجه ذلك : وجود العذر ؛ فإنَّ العذر إذا وُجِدَ فقد استوى فيه حالُ وجودِ المشقة وعدمِها كالسفر ، فهو رخصة على اليقين يَعْصُ النَّظَرُ عَنْ وجودِ المشقة وعدمِ وجودِها (2) .

والراجع عندي عدمُ الجواز في غيرِ المسجد ، سواء كان ذلك انفراداً أو في جماعة ، وذلك لما يبيِّناه من دليل الجمهور .

* * *

(1) أسهل المدارك (ج 1 ص 219) والمغني المحتاج (ج 1 ص 275) والمهذب (ج 1 ص 105) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 176) .

(2) المغني (ج 2 ص 276) .

قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ
الْمُؤْمِنِينَ تُولَّهِ مَا يُولَّيْهُمْ وَنُصْلِهِمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ٥٨ ﴾ .

ذهب كثير من أهل العلم إلى أن هذه الآية تتضمن الإجماع وهو ما نعرض له هنا
بالبیان في غير إسهاب :

تعريف الإجماع في اللغة : يأتي الإجماع على أكثر من معنى ، وجماع ذلك الثان :
أحدهما : أنه الإحكام والقزيمة على الشيء وهو ما ينتهه الآية الكريمة : ﴿ فَأَجْمِعُوا
أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ﴾ (1) ، وكذلك قوله ﷺ : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا
صيام له » (2) ، والإجماع : إحكام الشيء والقزيمة ، وأجمعت الرأي وأزمعته وعزمت
عليه بمعنى .

لانيهما : أن تجمع الشيء المتفرق جميعاً (3) .

تعريف الإجماع في الشرع : هو اتفاق المجتهدين من أئمة محمد ﷺ بعد وفاته في
عصبر من الغصور على أمر من الأمور (4) .

ويتضمن هذا التعريف جملة فوائد منها :

أنه بقوله : اتفاق المجتهدين من أئمة محمد ﷺ يُخرج اتفاق العوام ؛ إذ لا عبرة في
هذا المجال باتفاقهم أو اختلافهم لأن الإجماع مبني أصلاً على الاجتهاد ، ولا يتحقق
ذلك من العوام .

ومنها : أن يُخرج اتفاق بعض المجتهدين ، فإن مثل هذا الاتفاق الحاصل من قِربي من
المجتهدين لا يكون إجماعاً بل دون هذا من حيث مُشتوى الدلالة .

(1) سورة يونس الآية (71) .

(2) رواه أبو داود (823 / 2) برقم (2454) ، والترمذي (108 / 3) برقم (730) والنسائي (196 / 4) برقم
(2331) وأحمد (287 / 6) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 645) .

(3) لسان العرب (ج 8 ص 57 ؛ 58) .

(4) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (ص 71) والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي
(ج 2 ص 349) .

ومنها : أنه بإضافة المجتهدين إلى أئمة محمد ﷺ يُخرج اتفاق الأئمة السابقة ؛ فإن اتفاقهم لا يُعتبر إجماعاً في حق هذه الأمة .

ومنها : أن الإجماع المُعتبر ما كان بعد وفاة النبي ﷺ ، أما حال حياته فلا مُساع ؛ إذ ذاك لأئمة إجماع ولا اعتبار لمثل هذا الإجماع .

ومنها : لا يُبني التَّوَهُّمُ باشتراط الإجماع من مُجتَهدي الأئمة في سائر الغُصُور إلى يوم القيامة ؛ فإن هذا التَّوَهُّمُ باطلٌ ، والصوابُ حصولُ الإجماع من سائر المجتهدين في عصرٍ من الغُصُور ، واشتراطه منهم في سائر الغُصُور إلى يوم القيامة يُؤدّي إلى عَدَمِ ثبوت الإجماع كُلياً ؛ إذ لا إجماعُ إذن قبل يوم القيامة ، وهو بعد يوم القيامة لا مدعاة له أو حاجة .

والمراد بالعصر في التعريف هو العصر الذي حدثت فيه المسألة فأجمع العلماء على قولٍ فيها ، ولا يُبني الاعتدالُ بمن يصير مُجتَهداً بعد حدوث المسألة .

وقوله : على أمرٍ من الأمور يُشتملُ الثَّني والإِثبات وسائر الأحكام سواء منها الشرعية كجَلِّ الثَّكاح وجَلِّ البيع ، وحُرْمَةِ الزَّنا وقَتْلِ النَّفْسِ بغير حق .

وكذا اللُّغوثة ككَوْنِ الفاء للثَّقِيبِ ، وكذا العقليّة كحدوثِ العالم ، وكذا الدينويّة كالآراء في الحروب وتدبيرِ أمورِ الرُّعيّة ، وبذلك فالإجماعُ على أمرٍ من الأمور مطلقٌ ليُتمَّ ما كان شرعياً وغير شرعي ، وهو قولُ فريقٍ من الأصوليين ⁽¹⁾ .

وعرفه الإمام الغزالي بأنه : اتفاقُ أئمةِ محمد ﷺ خاصةً على أمرٍ من الأمور الدينية ، وذلك تخصيص للفظ ليُخرج من المُجمِعين غير هذه الأمة من اليهود والنصارى ، ويخرج به كذلك الاتفاق على غير الأمور الدينية ⁽²⁾ .

وعرفه آخرون بأنه : اتفاقُ المجتهدين من أئمةِ محمد ﷺ في عصرٍ من العصور على حُكمٍ شرعي ، وذلكم أخصُّ من التعريف السابق لتعلُّقه بالأحكام الشرعية دون غيرها من العقليّات أو الدُّنيويّات ⁽³⁾ .

(1) إرشاد الفحول (ص 71) وحاشية البناي على جمع الجوامع لابن السبكي (ج 2 ص 156) وشرح المُنْخَشِي على المنهاج (ج 2 ص 275) والإبْهَاج في شرح المنهاج (ج 2 ص 349) .

(2) المستصفي (ج 1 ص 110) .

(3) شرح المُنْخَشِي (ج 2 ص 273) وأصول الفقه للشيخ محمد الحفصري (ص 271) .

وَدَهَبَ أَهْلُ الظَّاهِرِ إِلَى أَنَّهُ مَا تَيَقَّنَ أَنَّ جَمِيعَ الصَّحَابَةِ عَزَّفُوهُ وَقَالُوا بِهِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ مِنْهُمْ أَحَدٌ وَذَلِكَ كَتَبْتُمُنَا أَنَّهُمْ كُلُّهُمْ صَلُّوا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ الصَّلَوَاتِ الْخَفِيسِ كَمَا هِيَ فِي عَدِيدِ رُكُوعِهَا وَسُجُودِهَا ، وَكَذَلِكَ أَنَّهُمْ كُلُّهُمْ صَامُوا مَعَهُ رَمَضَانَ فِي الْحَضَرِ ، وَهَمَّ إِذْ ذَاكَ جَمِيعُ الْمُؤْمِنِينَ لَا مُؤْمِنٍ فِي الْأَرْضِ غَيْرُهُمْ ؛ فَهَذَا هُوَ الْإِجْمَاعُ وَلَا لِإِجْمَاعٍ غَيْرُهُ ⁽¹⁾ .

وَعَزَّفَهُ النَّظَامُ بِأَنَّهُ : كُلُّ قَوْلٍ قَامَتْ حُجَّتُهُ وَإِنْ كَانَ قَوْلٌ وَاحِدٌ ، وَبِعِبَارَةِ أُخْرَى هُوَ كُلُّ قَوْلٍ قَامَتْ حُجَّتُهُ ⁽²⁾ .

حجية الإجماع

ذَهَبَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ إِلَى أَنَّ الْإِجْمَاعَ حُجَّةٌ وَهُوَ وَاحِدٌ مِنَ الْأَدْلَى الشَّرْعِيَّةِ الْمَعْتَبَرَةِ خِلَافًا لِفَرِيقٍ مِنَ النَّاسِ قَالُوا يَتَقَدَّمُ حُجَّةُ الْإِجْمَاعِ ، وَهَمَّ الشَّيْعَةُ وَالْخَوَارِجُ وَالنَّظَامُ ⁽³⁾ إِذْ لَمْ يَزُوا الْإِجْمَاعَ حُجَّةً ⁽⁴⁾ .

وَالصَّحِيحُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ مِنْ حُجَّةِ الْإِجْمَاعِ ، وَذَلِيلُهُمْ فِي ذَلِكَ كُلُّ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالنَّظَرِ .

أَمَّا الْكِتَابُ ، فَأُظْهِرُ مَا فِيهِ عَلَى الْاِحْتِجَاجِ بِالْإِجْمَاعِ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ تُولِيهِ مَا يَوَلَّى مَا قَوْلٌ وَتُصْلِيهِمْ جَهَنَّمَ وَنَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾ ⁽⁵⁾ وَوَجْهُ الْاِحْتِجَاجِ بِهَذِهِ الْآيَةِ : أَنَّ اللَّهَ جَمَعَ بَيْنَ مُشَاقَّةِ الرَّسُولِ ﷺ وَاتِّبَاعِ غَيْرِ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ فِي الْوَعِيدِ فِي قَوْلِهِ : ﴿ تُولِيهِ مَا يَوَلَّى مَا قَوْلٌ وَتُصْلِيهِمْ جَهَنَّمَ ﴾ فَلِئَلَّا يَكُونَ ذَلِكَ تَعْرِيمَ اتِّبَاعِ غَيْرِ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ بَلْ يَجِبُ اتِّبَاعُ سَبِيلِهِمْ إِنْ قَادُوا لِلنَّفْسِ مِنْ صِلَى جَهَنَّمَ ، وَاتِّبَاعُ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ يُزَادِفُ الْإِجْمَاعَ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى مَعَ أَنَّ دَلَالَةَ الْآيَةِ عَلَى الْفَرْضِ مُتَا غَيْرُ قَطْعِيَّةٍ ⁽⁶⁾ .

يَقُولُ الْإِمَامُ الْغَزَالِيُّ : وَالَّذِي نَرَاهُ أَنَّ الْآيَةَ لَيْسَتْ نَصًّا فِي الْفَرْضِ بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَرَادَ

(1) الْمُسْتَصْفَى (ج 1 ص 110) .

(2) الْاَهْلَى (ج 1 ص 54) .

(3) النَّظَامُ هُوَ أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَيَّارِ النَّظَامِ ، كَانَ يَنْظُمُ الْفُرُجَ بِسُوقِ الْبَصْرَةِ وَكَانَ يَظْهَرُ الْاِعْتِرَازُ ، وَهُوَ الَّذِي تَصَنَّبَ إِلَيْهِ الْفِرْقَةُ النَّظَامِيَّةُ مِنَ الْمُنْتَزِلَةِ ، وَقَدْ طُعِنَ فِيهِ بِالزُّنْدَقَةِ ، إِذْ أَنْكَرَ الْإِجْمَاعَ وَالْجَمْعَ الْمُتَوَاتِرَ وَالْقَهَاسَ وَلَهُ كِتَابٌ يُؤَيِّدُ فِيهِ التَّالِيَةَ ضِدَّ التَّوْحِيدِ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، انْظُرِ الْإِبْهَاجَ فِي شَرْحِ الْمُنْهَاجِ (ج 2 ص 353) .

(4) شَرْحُ الْبَلَدِ خَشْمِي (ج 2 ص 277) وَالْمُسْتَصْفَى (ج 1 ص 100) وَالْإِبْهَاجُ (ج 2 ص 353) .

(5) سُورَةُ النَّسَاءِ الْآيَةُ (115) .

(6) الْإِبْهَاجُ (ج 2 ص 354) وَحَاشِيَةُ الْبَنَانِيِّ عَلَى جَمْعِ الْجَوَامِعِ (ج 2 ص 168) وَتَفْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ (ج 5 ص 386) وَتَفْسِيرُ الْبَيْضاوِيِّ (ص 127) .

بها : أن من يُقَاتِلُ الرسولَ وَيُشَاقِّقُهُ وَيُبْغِ غيرَ سبيلِ المؤمنينَ في مشائِخِهِ ونُصْرَتِهِ ودفعِ الأعداءِ عنه ثَوْلَهُ ما تَوَلَّى ، فكأنَّه لم يَكْتَفِ بِتَرْكِ المُشَاقَّةِ حَتَّى تَنْصَرِفَ إِلَيْهِ مُتَابِعَةٌ سبيلِ المؤمنينَ في نُصْرَتِهِ والذَّبِّ عنه والالتِقَادِ لَهُ فيما يَأْمُرُ وَيَنْهَى ، وهذا هو الظاهرُ السابقُ إلى الفهمِ ، فإنَّ لم يكنَ ظاهراً فهو مُحْتَمَلٌ ⁽¹⁾ .

أما الشبهةُ ، فأقوى ما يُتَمَسَّكُ بِهِ مِنْهَا لِلدَّلالةِ عَلَى حُجِّيَةِ الإجماعِ قولُهُ ﷺ : « إِنْ أُمْنِي لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ اخْتِلَافًا فَعَلَيْكُمْ بِالشَّوَادِ الْأَعْظَمِ » ⁽²⁾ .

وقد تظاهرت الروايةُ في ذلك عن رسولِ الله ﷺ بِالْفَظِ مُخْتَلِفَةٍ مع اتِّفَاقِ المعنى في عَصَمَةِ هذه الأمةِ مِنَ الخطأِ وذلك كقولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « إِنْ اللَّهُ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي - أَوْ قَالَ : أُمَّةَ مُحَمَّدٍ ﷺ - عَلَى ضَلَالَةٍ ، وَيَدُّ اللَّهُ مَعَ الْجَمَاعَةِ ، وَمَنْ شَدَّ شَدًّا إِلَى النَّارِ » ⁽³⁾ .

وأخرج أبو داودَ عن أبي مالكٍ الأشعريِّ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِنْ اللَّهُ أَجَازَكُمْ مِنْ ثَلَاثِ لَيَالٍ : أَنْ لَا يَدْعُو عَلَيْكُمْ نَبِيُّكُمْ فَتَهْلِكُوا جَمِيعًا ، وَأَنْ لَا يُظْهِرَ أَهْلُ الْبَاطِلِ عَلَى أَهْلِ الْحَقِّ ، وَأَنْ لَا تَجْتَمِعُوا عَلَى ضَلَالَةٍ » ⁽⁴⁾ .

وأخرج الترمذيُّ كذلك عن عمرَ (رضي الله عنه) أن النبيَّ ﷺ قال : « عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ وَإِلَّا تَكُمُ وَالْفُرْقَةُ ، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ وَهُوَ مِنَ الْاِثْنَيْنِ أَمْعَدُ ، مَنْ أَرَادَ بِمُجْبُوحَةِ الْجَمْعَةِ فَيُلْزِمُ الْجَمَاعَةَ . مَنْ سَوَّيْتُهُ حَسَنَتُهُ وَسَاءَتُهُ سَيِّئَتُهُ فَذَلِكَ الْمُؤْمِنُ » ⁽⁵⁾ .

وأخرج الترمذيُّ كذلك عن ابنِ عباسٍ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « يَدُّ اللَّهُ مَعَ الْجَمَاعَةِ » ⁽⁶⁾ .

وأخرج البيهقيُّ عن أبي ذرٍّ رضي الله عنه قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ شَيْراً فَقَدْ خَلَعَ رِبْقَةَ الْإِسْلَامِ مِنْ عُنُقِهِ » ⁽⁷⁾ .

أما الاستدلالُ بِالظُّنَرِ : فوجهُهُ أَنَّ الصَّحَابَةَ إِذَا قَضَوْا بِقَضِيَّةٍ وَرَعَمُوا أَنَّهُمْ قَاطِعُونَ بِهَا فَلَا يَقْطَعُونَ بِهَا إِلَّا عَنْ مُسْتَدٍّ قَاطِعٍ ، وَالْعَادَةُ تُحِيلُ عَلَيْهِمْ قَصْدَ الْكَيْدِ وَتُحِيلُ عَلَيْهِمْ الْغَلَطَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَنَبَّهَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لِلْحَقِّ فِي ذَلِكَ ، وَقَطْعُهُمْ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْقَطْعِ مُحَالٌ

(1) للمستصفي (ج 1 ص 111) .

(2) أخرجه ابن ماجه عن أنس بن مالك (ج 2 ص 1401) .

(3) أخرجه الترمذي عن ابن عمر (ج 4 ص 466) . (4) أبو داود (ج 4 ص 98) .

(5 ، 6) الترمذي (ج 4 ص 466) . (7) البيهقي (ج 8 ص 157) .

في العادة وإلا فإنه يستحيل في العادة أن يشدّ عن جميعهم الحقّ مع كثرتهم حتى لا يتنبّه واحد منهم للحقّ ، وكذا التابعون وأتباعهم وسائر المجتهدين من المسلمين في مختلف الأعصار ، وفي ذلك بيان بأن الإجماع من المسلمين في كل عصر من الأعصار محجة (1) .

إمكان تصوّر الإجماع

ذهبت طائفة من العلماء إلى أن الإجماع محالّ ؛ فهو غير ممكن ولا يتصوّر وقوعه ؛ لأن اجتماع الخلق على شيء واحد يمتنع عادة ، كما يمتنع عادة اجتماعهم على مأكل واحد في وقت واحد .

وقد أُجيب عن ذلك بأن الإجماع ممكن ومتصوّر ، ودليل تصوّره هو وجوده ؛ فقد وجدنا الأمة مُجمعة بالفعل على أن الصلوات المكتوبة خمس ، وأن صوم رمضان فرض ، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً مكتوب مرة في حياة المكلف .

وكيف يمتنع تصوّر الإجماع ، والأئمة كلّهم مُتّبعون بأتباع النصوص والأدلة القطعية ، ومعرضون للمغالب بمخالفاتها ، فكما لا يمتنع اجتماعهم على الأكل والشرب لتوافق الدواعي فكذلك على أتباع الحقّ وأتقاء الثار .

كيف يمتنع ذلك وقد أمكن تصوّر إطباق المشركين كاليهود والنصارى -- مع كثرتهم -- على الباطل فلم لا يتصوّر إطباق المسلمين على الاعتراف بالحق (2) .

أركان الإجماع

ثمة ركنان للإجماع ، نغرض لهما في هذا التفصيل :

الركن الأول : المحبسون

وهم أهل الحلّ والعقد من أئمة محمد ﷺ ، أو المجتهدون الذين يشتقّون الأحكام الشرعية من أدلتها ؛ فهم الذين تلتقّد كلمتهم على الإجماع في مسألة من المسائل أو قضية من القضايا كبيرة أو صغيرة .

(1) المستصفي (ج 1 ص 114) .

(2) المستصفي (ج 1 ص 110) والإبهاج (ج 2 ص 351) وحاشية البناي على جمع الجوامع (ج 2 ص 168) .

على أنَّ هذه الصفة لا تُطَبِّق على الأطفال أو المجانين بغير خلاف ، فإنَّ هؤلاء - وإن كانوا في الجملة من أمة محمد ﷺ لا يتصور أن يكون النبي ﷺ أرادهم بقوله : « لا تُجْتَمِع أُمَّتِي على الخطأ » إذ لا يدخل في أمر الاجتهاد مَنْ لا يَفْقَهُه .

وكذا العوام فإنهم لا يُتَصَوَّر دخولهم في جملة أهل الحل والعقد من المجتهدين ؛ فلا يَصِحُّ منهم الإجماع ، وذلك الذي عليه أكثر العلماء ، وعلى هذا لو خالف العوام ما عليه العلماء لا ينبغي الاكتراث بخلافهم ؛ لأنَّ خلافهم لا يقدح في قول القاريين من أهل كلِّ فنٍ بقولهم ، وجملة ذلك : أنه لا عبرة بقول العوام وفقاً ولا خلافاً⁽¹⁾ .

وذهب الإمام الغزالي إلى أن العوام يتصور دخولهم في الإجماع ، ووجه قوله : أن الشريعة تُنْقِصُ إلى ما يشترك في ذكره العوام والخواص ، وذلك كالصلوات الخمس ووجوب الصوم والزكاة والحج ، فهذا مُجْتَمِعٌ عليه ، والعوام قد وافقوا الخواص على الإجماع فيه ، ثم ما يَخْتَصُّ بذكره الخواص كتفصيل أحكام الصلاة والبيع والتدبير وغير ذلك من الأحكام التفصيلية فما أجمع عليه الخواص فالعوام مُتَّفِقُونَ على أن الحق فيه ما أجمع عليه أهل الحل والعقد من غير مخالفة لهم في ذلك أصلاً ، قال رحمه الله : ويحسن تشبيه ذلك إجماع الأمة قاطبة كما أن الجند إذا حكموا جماعة من أهل الرأي والتدبير في مصالح أهل قلعة فصالحوهم على شيء يُقال هذا باتفاق جميع الجند ، فإذا كلُّ مُجْتَمِعٍ عليه من المجتهدين فهو مُجْتَمِعٌ عليه من جهة العوام وبه يتم إجماع الأمة . وقال رحمه الله : أما الشعوي والمتكلم فلا يُعْتَدُّ بهما لأنهما من العوام في حق هذا العلم إلا أن يقع الكلام في مسألة تثبيتي على الشعوي أو على الكلام⁽²⁾ .

ويبدو أن هذا الخلاف لفظي وليس في كلام الغزالي ما ينافي قول الجمهور في المسألة ما دام العوام مُتَّفِقِينَ على أنَّ الحق فيما يَخْتَصُّ بذكره الخواص هو ما أجمع عليه أهل الحل والعقد من غير مخالفة لهم أصلاً .

أما المُتَّبِعُ فإنه يحتمل أمرين :

أحدهما : أن يُكْفَرَ المُتَّبِعُ ببدعيته ، فإن كان كذلك فلا خلاف في أنه غير داخل

(1) الإبهام (ج 2 ص 381 ، 384) وإرشاد القمُول (ص 71) وحاشية الباني على جميع المجموع (ج 2 ص 156) وشرح البدعشي (ج 2 ص 273) والمستصلى (ج 1 ص 115) .

(2) المستصلى (ج 1 ص 115) .

في الإجماع لعدم دخوله في مسمى الأمة المشهود لهم بالعصمة وإن لم يعلم هو أنه كافر ، وعلى هذا لو خالف المتدعي - الذي كفر ببيدعيته - في مسألة وبقي مصرا على المخالفة حتى تاب فإنه لا عبرة بمخالفته ؛ لأن الإجماع قد انعقد من جميع الأمة الإسلامية قبل إسلامه .

ثانيهما : أن لا يكفر المتدعي ببيدعيته ، وإذ ذلك لا يتعد الإجماع دونه لكونه من أهل الحل والعقد ، إذا ثبت هذا فإن الفسقة من أهل القبلة البالغين في العلم متبلغ المجتهدين معتبر وفاتهم وخلافهم للإجماع . ووجه ذلك : أن المصيبة لا تزيل اسم الإيمان فيكون قول من غداهم قول بعض المؤمنين وليس كلهم فلا يكون حجة ، وقد ذهب إلى ذلك فريق من أهل العلم منهم الغزالي وإمام الحرمين ؛ إذ قال : الفاسق المجتهد لا يلزمه أن يقلد غيره بل يلزم أن يتبع في وقائعه ما يؤدي إليه اجتهاده ، وليس له أن يقلد غيره ؛ فكيف يتعد الإجماع عليه في حقه ، واجتهاده يخالف اجتهاد من سواه ؟ (1) .

وذهب أكثر الأصوليين إلى أنه لا يعتبر وفاق الفسقة أو خلافهم ، واختلفوا في تعليل ذلك على وجهين :

الوجه الأول : إن إختار الفاسق عن نفسه لا يؤثق به فيشقه فزجما أخبر بالوفاق وهو مخالف أو بالخلاف وهو موافق . فلما تعدى الوصول إلى معرفة قوله سقط أثره .

الوجه الثاني : إن العدالة ركن في الاجتهاد كالعلم ، فإذا فاق العدالة فاق أهلية الاجتهاد .

ورؤ هذا التوجيه بأن أهلية الاجتهاد الذي هو استنباط الأحكام ليس له تعلق بالدانة أصلا (2) .

هل الإجماع من الأكثر حجة ؟ ذهب جمهور العلماء إلى أن ذلك ليس حجة بل يشترط الاتفاق من سائر المجتهدين ليصول الإجماع وليكون حجة ، وعلى هذا لو خالف واحد لم يكن قول غيره - وإن كثروا - إجماعا ؛ لأن قوله في الآية ﴿ سبيل المؤمنين ﴾ (3) يتناول الكل وليسوا دون الواحد كل المؤمنين ، فإن العصمة إنما تثبت

(1) الإيهاج (ج 2 ص 387) والمستصفي (ج 1 ص 116) .

(2) الإيهاج (ج 2 ص 386 ، 387) وإرشاد الفحول (ص 80) والمستصفي (ج 1 ص 116) وحاشية الباني

على جمع الجوامع (ج 2 ص 157) . (3) سورة النساء الآية (115) .

لِلأُمَّة بِكُلِّبِهَا وَلَيْسَ هَذَا إِجْمَاعُ الْجَمِيعِ بَلْ هُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى : ﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكِّمُوهُ إِلَى اللَّهِ ﴾ ⁽¹⁾ ، فَيُثَبِّتُ بِذَلِكَ أَنَّ الْإِجْمَاعَ مِنَ الْأَكْثَرِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ مَعَ مُخَالَفَةِ الْأَقْل ⁽²⁾ .

وذهبت جماعة إلى أن إجماع الأكثر يُتَّبَعُ مَعَ مُخَالَفَةِ الْأَقْل ، وَقَدْ ذَهَبَ إِلَى ذَلِكَ الْإِمَامُ مُحَمَّدُ بْنُ جَرِيرٍ وَأَبُو الْحُسَيْنِ بْنُ أَبِي عَمْرٍو وَالْحَيَّاطُ الْمُقَتِّلِيُّ ، وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ، وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ مِنْ وَجْهَيْنِ :

الوجه الأول : أَنَّ لَفْظِي الْمُؤْمِنِينَ وَالْأُمَّةَ يَصْدُقُ عَلَى الْأَكْثَرِ ، كَمَا يُقَالُ عَنِ الْبَقْرَةِ أَنَّهَا سَوْدَاءُ وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا شَعْرَاتٌ بَيْضٌ ، وَكَذَا الرَّجُلُ يُقَالُ عَنْهُ أَنَّهُ أَسْوَدُ مَعَ تَبَاضِ خَدَّتَيْهِ وَأَسْنَانِهِ ، وَكَمَا يُقَالُ : بَنُو تَيْمٍ يَخْتُمُونَ الْجَارَ وَيُكْرِمُونَ الضَّيْفَ ، وَيُرَادُ الْأَكْثَرُ .

وقد أجيب عن ذلك بأن من يقول بصيغة الثَّمُومِ إِنَّمَا يَحْمَلُ ذَلِكَ عَلَى الْجَمِيعِ وَلَا يَجُوزُ التَّخْصِصُ بِالتَّحْكُمِ بَلْ بِدَلِيلٍ وَضُرُورَةٍ وَلَا ضَرُورَةً هَهُنَا ، وَمِنْ جِهَةٍ أُخْرَى : فَإِنَّ صِدْقَ إِطْلَاقِ أَلْفَاظِ الثَّمُومِ عَلَى الْأَكْثَرِ إِنَّمَا هُوَ عَلَى سَبِيلِ الْحِجَازِ وَلَيْسَ حَقِيقَةً .

الوجه الثاني : وَهُوَ الْخَبَرُ : « عَلَيَكُمْ بِالسَّوَادِ الْأَعْظَمِ » ⁽³⁾ ، وَذَلِكَ يُعْنَمُ الْأَكْثَرِينَ فَيَكُونُ قَوْلُهُمْ حُجَّةً .

وقد أجيب عن ذلك بأنَّ السَّوَادَ الْأَعْظَمَ يَعْنِي كُلَّ الْأُمَّةِ ، لِذَلِكَ وَقَعَ الْحَدِيثُ مُفَسَّرًا عَلَى خِلَافِ مَا اسْتَدَلَّ بِهِ هَؤُلَاءِ ، فَقَدْ رَوَى ابْنُ مَاجَةٍ عَنْ أَنَسٍ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنْ أُمِّتِي لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ اخْتِلَافًا فَعَلَيْكُمْ بِالسَّوَادِ الْأَعْظَمِ » ⁽⁴⁾ . وَفِي لَفْظِ « عَلَيْكُمْ بِالسَّوَادِ الْأَعْظَمِ لِلْحَقِّ وَأَهْلِهِ » ⁽⁵⁾ ، وَأَهْلُ الْحَقِّ هُمْ جَمِيعُ الْأُمَّةِ ⁽⁶⁾ .

إجماع أهل المدينة :

ذهب جمهور العلماء إلى أن إجماع أهل المدينة ليس حجة ، ووجه ذلك : أن أقوال

(1) سورة الشورى الآية (١١١) .

(2) المستصفى (ج ١ ص ١١٧) والإبهاج (ج ٢ ص ٦٨٧) وأصول الفقه للشيخ محمد الخطيرى (ص ٢٧١) .

(3) ابن ماجه (ج ٢ ص ١٧٥١) .

(4) سبق تخريجه . (5) في هذه الرواية نظر .

(6) الإبهاج (ج ٢ ص ٦٨٨ ، ٦٨٩) والمستصفى (ج ١ ص ١١٨) وحاشية البناني على جمع الجوامع (ج ٢ ص ١٥٧) .

العلماء والمجتهدين لا تكون تبعاً للبقاع والبلدان ، بل إن الإجماع كما عرفت في حينه إنما هو اتفاق المجتهدين من أئمة محمد ﷺ في عصر من العصور ، ولا يقتصر ذلك على بلد دون غيره ، أو على بقعة دون أخرى ، خلافاً للإمام مالك ، إذ قال : إن إجماع أهل المدينة حجة ، وقد تكلفوا للمالك في توجيه قوله بعدة تأويلات منها : أن إجماع أهل المدينة حجة ، لأنهم الأكثرون ، والعبارة بقول الأكثرين ، وقد يثبت سابقاً فساد ذلك .

ومنها : أن أهل المدينة استندوا في أقوالهم وأعمالهم إلى سماع قاطع ، لأن الوحي الناسخ نزل فيهم فلا تشكك عندهم من أدراك الشريعة ، وهذا تحكم ، إذ لا يشتبه أن يسمع غيرهم حديثاً من رسول الله ﷺ .

ومنها : ثناء رسول الله ﷺ على المدينة وعلى أهلها ، إذ قال عليه الصلاة والسلام : « إنما المدينة كالبحر تنقي خبيثها وتنضج طيبها » (1) ، وهذا الاستدلال ضعيف فإن الحديث إنما يدل على فضيلة أهل المدينة وكثرة ثوابهم ليشكناهم المدينة ، مع أننا نشاهد ضдор الخطأ من بعض سكانها وكونها من أشرف البقاع لا يوجب عصمة ساكنيها ، وإذا تقرر أنه لا أثر للبقاع في الإجماع عليم أن إجماع أهل الحرمين مكة والمدينة وغيرها من الأمصار كالضرورة والكوفة غير حجة (2) .

قول الظاهرية في المسألة :

ذهب أهل الظاهر إلى أنه لا حجة في إجماع من تغلب الصحابة ، وبذلك فإن الإجماع الذي يحتاج به ما كان قاصراً على الصحابة (رضوان الله عليهم) دون غيرهم ، وذلك لكثرة غير الصحابة كثرة لا تنضبط فيتعذر اتفاقهم على شيء .

والصواب قول الجمهور ، وذلك لأن الأدلة الثلاثة وهي الكتاب والسنة والمقول لا تفرق بين عصر وعصر ، فالتابعون إذا أجمعوا لا جرم أن إجماعهم معتبر ، لأنه إجماع من كل الأمة ومن خالفهم فقد سلك غير سبيل المؤمنين (3) .

(1) رواه البخاري (212/13) رقم (7209) ، ومسلم (1006/2) رقم (1383) والترمذي (677/5) رقم (3920) والنسائي (151/7) رقم (4185) وأحمد (385/3) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 391) .
(2) الإبهاج (ج 2 ص 364 ، 365) والمستصفي (ج 1 ص 118 ، 119) وإرشاد الفحول (ص 82) .
(3) المستصفي (ج 1 ص 119) وإرشاد الفحول (ص 82) وحاشية البهائي على جمع الجوامع (ج 2 ص 158) والخلعي (ج 1 ص 54) .

الركن الثاني : نفس الإجماع

وقد يشاهد (الإجماع) في جيبه ، ومجملته : أن تثيق أقوال العارفين بالطوطي الصريح بكل فرد من فئوتي العلم ، سواء انقضض عليه العضر أو لم ينقض ، وعلى هذا يشترط في الإجماع على المسألة الفقهية قول جميع الفقهاء ، والأصولية قول جميع الأصوليين وهكذا .

على أن الإجماع المنطوق صراحة يقتضي الحديث عن نوع آخر من الإجماع كان مؤبذع بخلاف للعلماء وتفصيل . وهو :

الإجماع السكوتي

وهو أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول ويتشتر ذلك في المجتهدين من أهل ذلك العصر فيشككون ولا يظهر منهم اغتراف ولا إنكار⁽¹⁾ ، وفي ذلك تفصيل ومذاهب نعرض لها في هذه الأقوال للعلماء :

القول الأول : هذا النوع من الاتفاق ليس إجماعاً ولا هو حجة ، وهو قول فريق من أهل العلم منهم أهل الظاهر والغزالي والرازي والآمدني والجويني وهو مؤبذع عن الشافعي .

قال الإمام الغزالي : والدليل عليه . أي على نفي حجة الإجماع السكوتي - أن قواه إنما تعلم بقوله الصريح الذي لا يتطرق إليه احتمال وتردد ، والسكوت متردد ، فقد يشكك من غير إضمار الرضا لسبعة أسباب :

الأول : أن يكون في باطنه مانع من إظهار القول وتعلن لا نطلي عليه وقد تظهر فرائض الشكيط عليه مع سكوته .

الثاني : أن يشكك لأنه يراه قولاً سابقاً لمن أذاه إليه اجتهاذه وإن لم يكن هو مؤلفاً عليه بل كان يتقده خطأ .

الثالث : أن يعتقد أن كل مجتهد نصيب فلا يرى الإنكار في المجتهدات أصلاً ولا يرى الجواب إلا فرض كفاية ، فإذا كفاه من مؤ نصيب شكك ، وإن خالف اجتهاذه .

الرابع : أن يشكك وهو شكك لكن يتنظر فرصة الإنكار ولا يرى البدل مصلحة

(1) إرشاد الفحول (ص 84) والمستصلى (ج 1 ص 121) والإبهاج (ج 2 ص 383) .

لعَارِضٍ من العوارِضِ ينتظرُ زَوَالَهُ ثُمَّ يموتُ قبلَ زَوَالِ ذلكِ العارِضِ أو يَسْتَعْمِلُ عنه .
الخامسُ : أن يعلمَ أَنَّهُ لو أَتَكَرَّ لم يُلْتَقَتْ إِلَيْهِ ونالَهُ ذُلٌّ وهوانٌ كما قاله ابنُ عباسٍ في شُكُوتِهِ عن إنكَارِ القولِ في حِياةِ عَمَرَ : كان رجلاً مَهِيئاً قَهِيئته .
السادسُ : أن يسكتَ لأنه مُتَوَقِّفٌ في المسألة ، ولأنه يُعَدُّ في مُهَلَّةِ النَّظَرِ .

السابعُ : أن يَشْكُكَ لظُّهُ أن غيرَه قد كفاه الإنكارَ وأغناه عن الإظهارِ ثُمَّ يكونُ قد غَلَطَ فتركَ الإنكارَ عن تَوَهُُّمٍ إذ رأى الإنكارَ فرضَ كَفَايَةً وَظَنَّ أَنَّهُ قَدْ كَفِيَ وهو مُخْطِئٌ في وَهْمِهِ (1) .

القولُ الثاني : أن الإجماعَ الشكوتي حجةٌ وهو إجماعٌ حَقِيقِيٌّ ، وهو قولُ جَمَاعَةٍ من العلماءِ فيهم بعضُ الشافعيةِ وجماعةٌ من أهلِ الأصولِ ، ووجهُ هذا القولِ : أن سكوتَ العُلَمَاءِ في مثل ذلك يُظَلُّ منه المُوَافَقَةُ عَادَةً (2) .

القولُ الثالثُ : أَنَّهُ حُجَّةٌ وليس إجماعاً ، وقد ذهب إلى ذلك أبو هاشم بن أبي علي الجبائي وهو المشهورُ عندَ الشافعيةِ واختارَهُ الأيمدِيُّ ، وفي المراد من هذا قولان : أحدهما : أن هذا النوعَ من الاتفاقِ دليلٌ آخرُ من أدلةِ الشَّرْعِ غيرِ الإجماعِ ، وهو قولُ الماوردي .

ثانيهما : أَنَّهُ ليس إجماعاً قطعياً بل ظاهرياً وهو قولُ ابنِ الحَاجِبِ في المُخْتَصَرِ الكَبِيرِ (3) .

القولُ الرابعُ : أَنَّهُ إجماعٌ بشرطِ انقراضِ القَضَرِ ؛ لأنَّهُ يَشُدُّ بِذلكِ أن يَكُونَ السكوتُ عن غيرِ رَضًا ، وبه قال أبو علي الجبائي ، وأحمدُ في رواية عنه ، ويُقِلُّ ذلك عن أصحابِ الشافعي ، حتى قال الشيخُ أبو إسحق الشَّيرَازِي : أَنَّهُ المذهبُ (4) .

القولُ الخامسُ : إن كان هذا القولُ قُتِيًّا وليس حُكْمًا أو قَضَاءً فهو إجماعٌ ، ووجهُ ذلك : أَنَّهُ لا يُلْزَمُ من صدورِ القُتْيَا عن الحَاكِمِ أن يكونَ قالَهُ على وجهِ الحُكْمِ ، وقيل : وَجْهُهُ أن الحُكْمَ لا يُقْتَرَضُ عَلَيْهِ في حُكْمِهِ فلا يَكُونُ السكوتُ دليلَ الرَضَا ، وقد ذهب

(1) المستصفي (ج 1 ص 121 ، 122) .

(2) حاشية البناني على جمع الجوامع (ج 2 ص 164) وشرح البدخشني (ج 2 ص 305) وإرشاد الفحول (ص 84) .

(3) الإبهاج (ج 2 ص 380) وحاشية البناني على جمع الجوامع (ج 2 ص 163) وإرشاد الفحول (ص 84) .

(4) إرشاد الفحول (ص 84) والإبهاج (ج 2 ص 380) وحاشية البناني على جمع الجوامع (ج 2 ص 163) وشرح البدخشني (ج 2 ص 305) .

إلى هذا القول فريق من أهل العلم منهم الماوردي والآمدي وابن الحاجب .

وقيل عكس ذلك ؛ لأن الحكم إنما يصدّر بعد بحث وإثقان بعد الكلام مع العلماء وتضييهم لذلك فإذا شككوا عن الحكم لجعل ذلك إجماعاً ، وأما القُتيا فلا يُحتاط فيها كالحكم ⁽¹⁾ .

القول السادس : إن وقع فيما ينفو استدراكه كإراقه دم واستباحة فروج كان إجماعاً ؛ لأن ذلك لخطئه لا يشكك عنه إلا راض به بخلاف غيره ، وإذا لم يكن كذلك فهو سُحْبة ، وفي كونه إجماعاً وجهان ⁽²⁾ .

القول السابع : إن كان الشاكئون أقل من الناطقين فهو إجماع وإلا فليس إجماعاً ، وهو قول الرازي وآخرين استناداً إلى القول بأن مخالفة الأقل لا تُضَرُّ ⁽³⁾ .

القول الثامن : إن وقع ذلك في عضو الصنحية كان إجماعاً وإلا فلا ، ووجه ذلك : أن الصحابة لشدة بهم في الدين لا يشككون عفا لا يرضون به بخلاف غيرهم ، فإن غيرهم ربما يشككون ⁽⁴⁾ .

القول التاسع : إن أفادت القرائن العلم بالرضا فهو إجماع ، وذلك بأن يوجد من قرائن الأحوال ما يدل على رضا الشاكئين بذلك القول ، وهو قول القزالي ⁽⁵⁾ .

حكم الإجماع

يُحكم الإجماع في المسئلة وجوب الاتباع وتحرير المخالفة والامتناع عن كل ما يُنسيب الأمة إلى تضييع الحق ، وعلى هذا : إذا وقع الإجماع على شيء فلا يجوز الإجماع على خلافه من آخرين ، وهو قول الجمهور ؛ لأنه يلزم بالمخالفة تصادم الإجماعين ؛ ولأن كون الإجماع يقتضي امتناع حصول إجماع آخر مُخالف ، وقد أجمعت الأمة على أن كل ما أجمعت الأمة عليه يحرم خلافه .

أما إذا كان الإجماع الثاني من المجعدين على الحكم الأول ؛ كما لو اجتمع أهل

(1) إرشاد الفحول (ص 84) والإبهاج (ج 2 ص 180) وشرح البدعشي (ج 2 ص 305) .

(2) إرشاد الفحول (ص 84 ، 85) وحاشية البناي على جمع الجوامع (ج 2 ص 164) .

(3) (4 ، 3) إرشاد الفحول (ص 84) وحاشية البناي (ج 2 ص 164) .

(5) إرشاد الفحول (ص 85) وحاشية البناي (ج 2 ص 165) والمستصفي (ج 1 ص 121) .

عَصْرٍ عَلَى مُحْكَمٍ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُمْ مَا يُوجِبُ الرَّجُوعَ عَنْهُ وَأَجْمَعُوا عَلَى ذَلِكَ الَّذِي ظَهَرَ لَهُمْ ، فَفِي جَوَازِ الرَّجُوعِ خِلَافٌ ، أَسَاسُهُ الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاطِ انْقِرَاضِ أَهْلِ الْعَصْرِ الْحُجَّةِ إِجْمَاعِهِمْ ، فَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْ انْقِرَاضَ عَصْرِ أَهْلِ الْإِجْمَاعِ - وَهُمْ الْجُمْهُورُ - لَمْ يَجُزْ الرَّجُوعُ فِي الْإِجْمَاعِ ، وَجُوزَ ذَلِكَ آخَرُونَ وَهُمْ الَّذِينَ اشْتَرَطُوا انْقِرَاضَ عَصْرِ الْإِجْمَاعِ مِنْهُمْ اثْنُ حَتَبِ بْنِ جَمَاعَةَ مِنَ الْمُتَكَلِّمِينَ .

وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ لَا يَجُزُّ خِلَافُهُ بَعْدَهُ ، لَيْسَ لِأَنَّهُ حَقٌّ فَقَطْ بَلْ لِأَنَّهُ حَقٌّ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْأُمَّةُ وَهِيَ لَا تَجْمَعُ عَلَى خَطَأٍ وَتَخْرُقُ الْإِجْمَاعَ بِالْمُخَالَفَةِ حَرَامٌ لِلتَّوَعُّدِ عَلَى اتِّبَاعِ غَيْرِ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ (1) .

وَلَوْ اِخْتَلَفَ أَهْلُ الْعَصْرِ فِي مَسْأَلَةٍ عَلَى قَوْلَيْنِ فَهَلْ يَجُزُّ لِمَنْ بَعْدَهُمْ إِحْدَاثُ قَوْلٍ ثَالِثٍ ؟ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ ثَلَاثَةٌ فِي ذَلِكَ هِيَ :

أَوَّلًا : عَدَمُ الْجَوَازِ مُطْلَقًا وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُشْبِهُ اتِّفَاقَهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا قَوْلَ سِوَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ .

ثَانِيًا : الْجَوَازُ مُطْلَقًا ، وَهُوَ مَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الْحَنْفِيَّةِ وَأَهْلِ الظَّاهِرِ وَالشَّيْعَةِ .

ثَالِثًا : إِنْ لَزِمَ مِنَ الْقَوْلِ الثَّالِثِ رَفْعُ مَا أَجْمَعُوا عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ إِحْدَاثُهُ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ الرِّفْعُ جَازٌ ، وَهُوَ مَرْوِي عَنْ الشَّافِعِيِّ وَاجْتِازَهُ الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِهِ وَرَجَحَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصُولِيِّينَ مِنْهُمْ ابْنُ الْحَاجِبِ ، وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ : أَنَّ الْقَوْلَ الْحَادِثَ الرَّافِعَ لِلْقَوْلَيْنِ مُخَالَفٌ لِمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ ، وَالْقَوْلُ الْحَادِثُ (الثَّالِثُ) الَّذِي لَمْ يَزِفْهُ الْقَوْلَيْنِ غَيْرُ مُخَالَفٍ لَّهُمَا بَلْ مُوَافِقٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ (2) .

وَلَا يَثْبُتُ الْإِجْمَاعُ بِطَرِيقِ الْآحَادِ ، وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ ، خِلَافًا لِآخَرِينَ قَالُوا بِجَوَازِ الْإِجْمَاعِ الْمُتَقَوْلِ عَنْ طَرِيقِ الْآحَادِ فَهُوَ حُجَّةٌ ، وَبِهِ قَالَ الْمَاورِدِي وَإِمَامُ الْحَرَمَيْنِ وَالْأَمَدِيُّ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ دَلِيلٌ مِنَ الْأَدْلَةِ فَلَا يُشْتَرِطُ التَّوَاتُّرُ فِي نَقْلِهِ قِيَاسًا عَلَى الثَّبَتِ ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ دَلِيلٌ قَاطِعٌ يُحْكَمُ بِهِ عَلَى الْكِتَابِ

(1) إرشاد الفحول (ص 85 ، 86) والمستصفي (ج 1 ص 124) وحاشية البناني على جمع الجوامع (ج 2 ص 169) والإبهاج (ج 2 ص 374 ، 375) والمحصل (ج 2 ص 99) وأصول السرخسي (ج 1 ص 318 ، 319) .

(2) إرشاد الفحول (ص 86) والإبهاج (ج 2 ص 269) والمستصفي (ج 1 ص 125) وحاشية البناني على جمع الجوامع (ج 2 ص 169) .

والسنة المتواترة ، وخبر الواحد لا يقطع به فكيف يثبت به قاطع ؟

أما عدد أهل الإجماع فلا يشترط بلوغهم عدد الثوثر ، وهو الواجب من أقوال العلماء بخلافاً لبعض المتكلمين ؛ إذ قالوا : لا يجوز عقلاً انحصاط العدد عن عدد الثوثر (1) .

ولو خالف الإجماع واحد من المجتهدين فلا يكون ذلك إجماعاً ولا حجة ، وهو قول الجمهور ، وعلى هذا لو خالف واحد من الأمة فقات لم تصير المسألة إجماعاً ، وحجتهم في ذلك : أن المحرم هو مخالفة الأمة كافة . ومن ذهب لمذهب الميت بعد عصره لا يمكن أن يقال إن مذهبه خلاف ما عليه العلماء كافة ؛ لأن الميت من الأمة ولا ينقطع مذهبه بموته (2) .

هل يشترط الإجماع سنة

السند هو الدليل أو الأمانة وذلك ما يبنى عليه الإجماع ويشند إليه ، وفي اشتراط ذلك خلاف :

فقد ذهب الجمهور إلى أن الإجماع لا بُد له من شيء يشند إليه من نص أو قياس ، وحجتهم في ذلك أن الفتوى بدون المشتد خطأ لكون ذلك قولاً في الدين غير علم والأمة معصومة عن الخطأ .

وذهب آخرون من أهل العلم إلى أنه لا يشترط السند لحصول الإجماع بل يجوز صدوره عن توفيق ، وذلك أن يوفق الله المجتهدين لاشتتار الصواب وهو قول الأمدى وابن الحنابل ، وحجتهم في عدم اشتراط السند من وجهين :

الوجه الأول : أن الإجماع لو كان له سند لكان ذلك السند هو الحجة ويجوز لا يكون للإجماع فائدة ، وأجيب عن ذلك بأن الإجماع والسند يكونان دليلين واجتماع الدليلين على الحكم جائز ومفيد .

الوجه الثاني : أنه لو توقف الإجماع على السند لم يقع (الإجماع) بدونه لكنه قد وقع ، ومثال وقوعه أنهم أجمعوا على صحة بيع المراضاة بلا دليل ، وأجيب عن ذلك بأن لا نسلم أنهم أجمعوا عليه من غير دليل ؛ فإن غاية ذلك أنهم لم يثقلوه اكتفاء

(1) إرشاد الفحول (ص ٨٧) والمستصلى (ج ١ ص ١٢٧) وحاشية البهاني على جميع الجوامع (ج ٢ ص ١٥٨) والإبهاج (ج ٢ ص ٣٩٤) .

(2) إرشاد الفحول (ص ٨٨) والمستصلى (ج ١ ص ١٢٤) وحاشية البهاني على جميع الجوامع (ج ٢ ص ١٥٨) .

بالإجماع فإنه أقوى (1) .

والراجح قول الجمهور فإنه لا بُدَّ للإجماع من مُستند لأنَّ أهلَ الإجماع ليس لهم أن يشتغلوا بإثبات الأحكام ، ولأنَّه لو انعقد الإجماع عن غير مُستند لاقتضى ذلك إثبات نوع من الدليل بالتشهُي والفُتوى في الدين بغير دلاله أو بأماره خطأ ، فلو اتفقوا عليه كانوا مجمعين على الخطأ .

وإذا قلنا إنَّ مذهب الجمهور هو الصواب والمعتبر في المسألة لصحة احتجاجهم فإن السند يجوز أن يكون نصاً ، أما كونه أماره أي قياساً ففي ذلك خلاف على أربعة أقوال :

القول الأول : أنه جائز وواقع ، وهو قول الآمدي وابن الحاجب ، ودليل ذلك إجماعهم على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه ، وكذا إراقة الشيرج ونحوه إذا ماتت فيه الفأرة قياساً على الشعن ، وكذا إمامة أبي بكر قياساً على تقديعه في الصلاة ، وجملته ذلك الجواز مطلقاً ، وهو قول الجمهور .

القول الثاني : أنه جائز ؛ ولكنه غير واقع .

القول الثالث : المتع مطلقاً ، وهو مذهب ابن جرير الطبري وأهل الظاهر وهو متني على أصلهم (الظاهرية) في منع القياس ، أما ابن جرير الطبري فقال : القياس حجة ، ولكن الإجماع إذا صدر عنه لم يكن مقطوعاً بصحته .

القول الرابع : إذا كان القياس جليلاً جاز الإجماع ، وإذا لم يكن كذلك لم يجوز ، وقد ذهب إلى ذلك بعض الشافعية (2) .

والصواب القول الأول ، وهو مذهب الجمهور ؛ إذ قالوا بالجواز مطلقاً سواء كانت الأماره (القياس) جليّة أو خفيّة وذلك لحصول الإجماع متيناً على القياس كما بيناه .

مستوى حجية الإجماع

مستوى حجية الإجماع من حيث القطع أو الظن موضع خلاف ، وللعلماء في ذلك

(1) شرح البدخشي والإسنوي على المنهاج (ج 2 ص 311) وإرشاد الفحول (ص 79) وحاشية البناي على جمع الجوامع (ج 2 ص 161) والإبهاج (ج 2 ص 389) .

(2) إرشاد الفحول (ص 79) وحاشية البناي على جمع الجوامع (ج 2 ص 161 ، 162) والإبهاج (ج 2 ص 391) وشرح البدخشي والإسنوي (ج 2 ص 312 - 314) .

أقوال ثلاثة :

القول الأول : أنه حجة قطعية وهو المشهور ، وهو قول الأكثرين ، منهم الدبوسي من الحنفية ، وجملة ذلك : أن الإجماع حجة قطعية حيث اتفق المعتبرون من أهل العلم والاجتهاد على الحكم الذي اجتمعوا عليه من غير أن يثبت منهم أحد .

القول الثاني : أنه حجة ظنية ، وهو قول جماعة منهم الرّازي والآمدني .

القول الثالث : التفصيل بين ما اتفق عليه المعتبرون فيكون حجة قطعية وبين ما اختلفوا فيه كالإجماع الشكوتي فهو حجة ظنية ⁽¹⁾ .

وقال البزدوي وجماعة من الحنفية : الإجماع على مراتب :

فإجماع الصحابة مثل الكتاب والسنة والخبر المتواتر .

وإجماع من بعدهم بمنزلة المشهور من الأحاديث .

والإجماع الذي سبق فيه الخلاف فهو بمنزلة خبر الواحد .

والرائع هو ما اختار بعضهم في الكل أنه ما يوجب العمل لا العلم ⁽²⁾ .

تعارض الإجماع مع النص

إذا عارض الإجماع نص من الكتاب أو السنة ، فإنه يُنظر ، إن كان أحدهما قابلاً للتأويل بوجه من الوجوه ، أوّل القابل للتأويل سواء كان هو الإجماع أو النصّ جمعاً بين الدليلين ، أما إذا لم يكن أحدهما قابلاً للتأويل تشافطاً متاً ، لأن العمل بهما غير ممكن والعمل بأحدهما دون الآخر ترجيح من غير ترجيح ، وهذا كله إذا كانا ظنيين فإن كانا قطعيين أو أحدهما قطعياً والآخر ظنياً فلا تعارض ⁽³⁾ ، وتفصيل ذلك في موضعه من الكلام عن القياس .

* * *

(1) إرشاد الفحول (ص 78 ، 79) وحاشية الباني على جمع الجوامع (ج 2 ص 168 ، 169) .

(2) إرشاد الفحول (ص 79) .

(3) شرح البدعشي والإسنوي على المنهاج (ج 2 ص 315 ، 316) .

قوله تعالى : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٧٥﴾ .

ذلك لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الذي تشكّن إليه النفوس وتطمئن به القلوب وتقول يحبيبه النزاعات والخلافات بين الشخصين لا جرم أن يكون خيرا ، وبندرج في ذلك عامة ضروب الصلح فيما بين الناس أفرادا وجماعات دُكُورًا وإناثًا ، والصلح في الجملة خير من الفرقة وما يُفضي إلى التذاتر والمباغضات ، وكذا التماذي في الشقاق والنزاعات (١) .

ونعرض بعد هذه التوطئة إلى الحديث تفصيلاً عن :

الصلح

معنى الصلح في اللغة : التوفيق ، أصلحت بين القوم : وقفت بينهم ، وتصلح القوم واصطلحوا : توافقوا ، وهو صالح لكذا أي له أهلية القيام بها (٢) .
وفي الشرع : عقد يتوصل به إلى الإصلاح بين المختلفين أو يحصل به قطع النزاع بينهم (٣) .

وجاء عنه شرح اللردير أنه : انتقال حق أو دعوى يعرض لرُبع نزاع أو تخوف وقوعه (٤) .
وقد ثبتت شرعية الصلح بكل من الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب : فمنه تلك الآية المبيّنة سابقا ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ (٥) .

أما السنة : فمنها ما أخرجه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » (٦) .

(١) تفسير القرطبي (ج ٥ ص ٤٠٦) .

(٢) المصباح المنير (ج ١ ص ٣٧٠) .

(٣) المغني (ج ٤ ص ٥٢٧) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ٦٤) والأنوار ومعه حاشية الحاج إبراهيم (ج ١ ص ٤٤٧) .

(٤) الشرح الصغير للردير (ج ٢ ص ١٤٦) .

(٥) سورة الحجرات الآية (٩) .

(٦) الترمذي (ج ٣ ص ٦٣٥) .

وأخرج أبو داود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين » ⁽¹⁾ .
 وأخرج أبو داود عن كعب بن مالك أن ابن أبي حنبل قد تناقش دينا كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجد (ستر) حجرته ، ونادى كعب بن مالك فقال : « يا كعب » فقال : أيبك يا رسول الله ، فأشار له بيده أن ضغ الشطر من دينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، قال النبي ﷺ : « قم فأقضه » ⁽²⁾ .
 وقد أجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة ، وذلك بين المسلمين وأهل الحرب ، وكذلك بين أهل العدل وأهل البغي ، وكذلك بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ⁽³⁾ .

أنواع الصلح

الصلح قسمان نعرض لهما في التفصيل التالي :

القسم الأول : ما يجري بين المتداعيين

وهو نوعان :

الفروع الأول :

الصلح على إقرار ، وذلك كما لو ادعى عليه دارا ، فأقر له بها ، وصالحه عنها بيمين كتوب ، فهو بيع للعين المدعاة من المدعي للمدعى عليه بلفظ الصلح ويسمى صلح المعاوضة ، وهو تثبت فيه أحكام البيع كالشفقة والرد بالعيب ومنع تصرفه في المصالح عليه قبل قبضه واشتراط التقاض إن اتفق المصالح عنه والمصالح عليه في علة الرضا ، وغير ذلك من أحكام البيع كاشتراط التناوي إذا كانا جنسا ريوتا وفساده بالقر والشرط الفاسد والجهل ؛ لأن مثل هذا الصلح يصدق عليه حد البيع ، ولو صالح على دين فإنه إن كان ذهابا أو فضة فهو بيع كذلك ، وإن كان ثوبا أو نحوه وكان موصوفا بصفة السلم فهو سلم ⁽⁴⁾ .

(1 ، 2) أبو داود (ج 3 ص 304) .

(3) المغني (ج 4 ص 527) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 64) وبناية المجتهد (ج 2 ص 264) ومغني المحتاج (ج 2 ص 177) .

(4) مغني المحتاج وانظر البدائع (ج 6 ص 40) والمغني (ج 4 ص 527) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 65 ، 66) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 146) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 405) .

وكذلك لو جرى الصِّلُح من العين المدَّعاة على منفعة لغير العين المدَّعاة كخدمة مُدَّة معلومة فهي إجارة ، وهي تثبت أحكامها في ذلك لأن حدَّ الإجارة يصدق على ذلك ، أما إذا صالح على منفعة العين المدَّعاة فإنها إجارة تثبت أحكامها ، فإن عيَّن مدَّة ، فإعارة مؤقتة وإن لم يُعَيَّن مدَّة ، فإعارة مطلقة ، وكذلك لو جرى الصِّلُح على بغض العين المدَّعاة كزُيْعها مثلا كانت هذه هبة لبعضها الباقي لصاحب اليد عليها فتثبت في ذلك أحكام الهبة من اشتراط القَبُول وغيره لصديق حدَّها على ذلك ، ولا يصحُّ ذلك بلفظ البيع لعدم الثمن ، والأصحُّ صحُّه بلفظ الصِّلُح كقوله : صالحك من الدار على زُيْعها ، والثاني : لا يصحُّ ، لأن لفظ الصِّلُح يتضمَّنُ المُعاوضة ولا عَوَضَ هنا للمتروك ، ولو صالح من دين على غيره سواء كان عينا أو دينًا أو منفعة فإنه يصحُّ ؛ لعدم الأدلة سواء أعتد بلفظ البيع أو الصِّلُح أو الإجارة ، فإن توافقت الدَّين المصالح عنه والعيوض المصالح عليه في علَّة الرِّبا كالصِّلُح عن فضة بذهب فإنه يُشترط قبض العيوض في المجلس حدًّا من الرِّبا ، فإن توفَّقا قَبْلَ قبضه بطلَّ الصِّلُح ، وإذا لم يتوفَّق المصالح منه الدين والمصالح عليه في علَّة الرِّبا كالصِّلُح عن فضة بِحِنْطَةٍ أو ثوب ، فإن كان العيوض عينا ؛ فإنه لا يُشترط قبضه في المجلس في الأصحُّ كما لو باع ثوبا بدراهم في الدَّيْن لا يشترط قبض الثوب في المجلس .

وفي القول الثاني : يُشترط القبض ؛ لأن أحدَ العوضين دينٌ فيشترط قبض الآخر في المجلس كمرأس مال السلم ، وإن كان العوض دينًا كقوله : صالحك عن دراهمي التي عليك بكذا ؛ فإنه يُشترط تعيينه في المجلس ليُتَخَرَّجَ عن بيع الدين بالدين وهو منتهى عنه ⁽¹⁾ .

ويصحُّ الصِّلُح بلفظ الإبراء والخط ونحوهما كالوَضْع والإسقاط ؛ فقد رُوِيَ في ذلك أن كعب بن مالك طلب من عبد الله بن أبي حذرد دينًا له عليه فارتفعت أصواتهما في المجلس حتَّى سمِعَهما رسولُ الله ﷺ ، فخرج إليهما ، ونادى « يا كعب » فقال : لبيك يا رسول الله ، فأشار له بيده أن ضع السَّطْر من دينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، فقال النبي ﷺ : « قُمْ فاقضه » ⁽²⁾ .

ويصحُّ أيضًا بلفظ الصِّلُح في الأصح كقوله : صالحك عن الألف الذي لي عليك على شخصيماثة ويشترط فيه القَبُول على الأصح ، ولا يصحُّ هذا الصِّلُح بلفظ البيع

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 178) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 65 ، 66) والمغني (ج 4 ص 533 - 537) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 304) .

كنظيره في الصلح عن العيّن .

ولو صلّح من دين حالّ على مؤجلٍ مثله جنسًا وقدرًا وصفةً ، أو عكس بأنّ صلّح من مؤجلٍ على حالّ (من الحلول) مثله فقد لَمّا الصلّح ؛ وذلك لأنّ الصلّح في الأولى وعدّ من الدّائرين إلحاق الأجل ، وصفة الحلول لا يَصْصَحُ إلحاقها .

وفي الثانية وعدّ من المَدَّيُون بإسقاط الأجل وهو لا يَشَقُّطُ ، فإنّ عَجَلَ الدَّيْنِ المؤجلَ صلّح الأداء وسَقَطَ الأجلُ لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما .

ولو صلّح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برئ من خمسة وثبّت خمسة حالة ؛ لأنه سَمَحَ بحطّ البعض ووعدّ بتأجيل الباقي والوعدّ لا يُلْزَمُ والحطّ صحيح ، ولو عكس بأنّ صلّح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة لَمّا الصلّح ؛ لأنّ صفة الحلول لا يَصْصَحُ إلحاقها (1) .

وجملة القول : أن أقسام الصلّح ستة ؛ هي : التبيغ والإجارة ، والغارة والهبة والسلم والإبراء ، وبقي منها أشياء آخر ؛ منها : الخلع كقولها : صالحتك من كذا على أن تُطْلِقَنِي طليقةً ، ومنها المتأوضة من دم العمد كقوله : صالحتك من كذا على ما تشجّقه على من قصاص .

ومنها : الجعالة كقوله : صالحتك من كذا على ردّ فتاي أو فتاتي .

ومنها : الفداء كقوله للحريّ : صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير .

ومنها : الفسخ كأن يُصلّح من المسلم فيه على رأس المال (2) .

النوع الثاني :

الصلّح على الإنكار أو الشكوت من المدعى عليه ، وذلك كأن يدّعي عليه شيئاً فأنكره أو سكّت ثم صلّح عنه فيتطلّ هذا الصلّح عند الشافعية إن جرى الصلّح على نفس المدعي ، وذلك كأن يدّعي عليه داراً فيصالحه عليها بأن يجعلها للمدّعي أو للمدّعي عليه وكلا صورتين باطل .

ووجه البطلان عندهم : القياس على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شيء

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 179) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 66)

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 179) بلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 146 ، 147) ، وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 66) .

لم يصح الصلح ، ولأن المدعي إن كان كاذباً فقد استحل من المدعى عليه ماله وهو حرام ، وإن كان صادقاً ؛ فقد حرم عليه ماله الحلال فدخل في قوله ﷺ : « إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ولو أقيمت عليه بينة بعد الإنكار جاز الصلح ؛ لأن لزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار ، ولو أقر ثم أنكر جاز الصلح (1) .

وكذلك يبطل الصلح عندهم إن جرى على بعض المدعي ، وفي قولهم الثاني : يصح لاتفاقيهما على أن بعض المدعى مُستحق للمدعى ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق ، واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ .

على أنه يُستثنى من بطلان الصلح على الإنكار مسائل :

منها : اصطلاح الوزنة فيما وقف بينهم إذا لم يدل أحد عوضاً من خالص يملكه .
ومنها : ما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار أو طلق إحدى زوجتيه ومات قبل التبان أو التعيين ووقف الميراث بينهما فاصطلحن .
ومنها : ما لو تداعيا وديعة عند رجل فقال : لا أعلم لأيهكما هي ، أو تداعيا داراً في يديهما فاتفقا كل بيتة ثم اصطلحا (2) .

وذهبت الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جواز الصلح عن إنكار وعن السكوت من غير إقرار ولا إنكار ، ووجه ذلك : ظاهر قوله تعالى : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ فقد وصف الله تعالى جنس الصلح بالخيرية ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما تضمن دليل وكذلك قوله ﷺ : « الصلح بين المسلمين جائز » فدخل في عموم هذا ما يكون من صلح عن إنكار أو عن سكوت (3) .

واستدلوا من الأكثر بما روي عن عمر (رضي الله عنه) قوله : « ردوا الخصوم حتى يضطللخوا ؛ فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن » وفي رواية عنه أخرى : « ردوا الخصوم لئلاهم أن يضطللخوا ؛ فإنه أبرأ للصدق ، وأقل للحنات » (4) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 180) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 180) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 67) .

(3) البدائع (ج 6 ص 40) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 405) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 146) والمغني (ج 4 ص 527) .

(4) أخرجهما البيهقي كلاهما عن محارب بن دثار (ج 6 ص 66) .

فقد أمر عمر (رضي الله عنه) برّد الخصوم إلى الصلح مطلقاً من غير مخاليف من الصّحابة .
ومن استبدلهم بالمغفول إن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة .
وفي التحقيق فإن الحاجة إلى قطعها إنما هي عند الإنكار ، بخلاف الإقرار فهو مسألة
ومساعدة فكان الإنكار أولى بجواز الصلح ، ولهذا قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله :
أجوز ما يكون الصلح على الإنكار ⁽¹⁾ .

على أن الخصم محتاج لمثل هذا الصلح ، ووجه ذلك : أن المدعي يأخذ عوض حقه
من المذكر ليلزمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضه في حقه ، والمذكر يعتقد أنه يدفع المال
لذفع الخصومة واليمين عنه ، ويخلصه من شر المدعي ، وعلى هذا لا يصح هذا الصلح
إلا أن يكون المدعي معتقداً ما ادّعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حقّ عليه فيدفع إلى
المدعي شيئا افتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانةً لنفسه عن التبدل وحضور مجلس
الحاكم ، ذلك أن ذوي المروءة وأولي الثغور الشريفة يضرّب عليهم ذلك ، وهم يزوّن
أن دفع ذلك عنهم من أعظم مصالحهم ، ولا يمتنعهم الشرع من إقامة أنفسهم وصيانتها
ودفع الشر عنهم يتبدل أموالهم ، وأما المدعي فإنه يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له
فلا يمتنع الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه ،
وسواء كان يقدر حقه أو دونه ، فإن أخذ من جنس حقه يقدره فهو مشوّف له ، وإن
أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه ، وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه
ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادّعاه ؛ لأن الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً
بأخذه ، وإن أخذ من غير جنسه تجاوز ويكون يتما في حق المدعي لاعتقاده أنه أخذه
عوضاً فيلزمه حكم إقراره ⁽²⁾ .

وجملة القول : أنه يجوز لمن له حق يجهله غريمه أن يأخذ من ماله يقدره أو دونه
فإذا حلّ ذلك من غير اشتتياره ولا عليه فلأن يحلّ برضاة وبذله أولى ، وكذلك إذا حلّ
ذلك مع اعتزاف الغريم ؛ فلأن يحلّ مع جهله وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك
أولى ، ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له ، والمدعى عليه يدفعه لذفع الشر عنه
وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع .

(1) البدائع (ج 6 ص 40) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 404) .

(2) المغني (ج 4 ص 259) وانظر نتائج الأفكار (ج 8 ص 408) .

وَحُلَاصَةُ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ : أَنَّ الصُّلْخَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَابٍ هِيَ : صُلْخٌ مَعَ إِقْرَارٍ ، وَصُلْخٌ مَعَ إنْكَارٍ ، وَصُلْخٌ مَعَ شَكْوَى ، وَهُوَ أَنَّ لَا يُقَرُّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَلَا يُنْكَرُ ، وَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالصُّلْخُ حَيْرٌ ﴾ وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « الصُّلْخُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلَاحًا أَحْلَ حَرَامًا أَوْ حَرَمًا حَلَالًا » (1) .

عَلَى أَنَّ الصُّلْخَ الَّذِي يُجِلُّ الْحَرَامَ بَاطِلٌ ، كَأَن يُصَالِخَ عَلَى خَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْمُحْظُورَاتِ أَوْ أَنَّ يَصَالِخَ مِنْ دَرَاهِمٍ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا ، وَكَذَلِكَ الَّذِي يُحَرِّمُ الْحَلَالَ فَإِنَّهُ بَاطِلٌ ، كَأَن يُصَالِخَ زَوْجَتَهُ عَلَى أَنْ لَا يُطْلَقَهَا ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَطْبَأَ ضَرَّتَهَا ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِنْ تَحْرِيمِ الْمُبَاحَاتِ فَإِنَّ الصُّلْخَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ بَاطِلٌ لِبُظَاهِيرِ الْحَيْثُ : « إِلَّا صَلَاحًا أَحْلَ حَرَامًا أَوْ حَرَمًا حَلَالًا » فَمَا يُجِلُّ الْحَرَامَ أَوْ يُحَرِّمُ الْحَلَالَ بَاطِلٌ (2) .

القسم الثاني : ما مجرى بين المدعي والأجنبي :

فَلَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ : وَكَلَّنِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْخِ عَنِ الْمُدْعَى بِهِ وَهُوَ مَقْرٌ لَكَ بِهِ فِي الظَّاهِرِ أَوْ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنِي وَلَمْ يُظْهِرْهُ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَأْخُذَهُ الْمَالِكُ ؛ فَإِنَّهُ يَصْبِحُ الصُّلْخُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْإِنْسَانِ الْوَكَالَةَ فِي الْمَعَامَلَاتِ مَقْبُولَةٌ ؛ وَتَحُلُّ ذَلِكَ : إِذَا لَمْ يَدْعِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْإِنْكَارَ بَعْدَ دَعْوَى الْوَكَالَةِ ، فَإِنْ ادَّعَاهُ كَانَ عَرَاءً فَلَا يَصْبِحُ الصُّلْخُ عَنْهُ ، وَلَوْ صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ عَنِ الْقَيْنِ لِنَفْسِهِ لَقَيْنٍ مَالِهِ أَوْ يَدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ قَائِلًا : إِنَّهُ مَقْرٌ لَكَ بِالْمُدْعَى بِهِ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ صَبَحَ الصُّلْخُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَإِنْ لَمْ تَجْرَ مَعَهُ خَصُومَةٌ ؛ لِأَنَّ الصُّلْخَ تَرْتَّبَ عَلَى دَعْوَى وَجَوَابٍ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِلَفْظِ الشَّرَاءِ ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ عَنِ الدَّيْنِ فَفِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي فِي بَيْعِ الدَّيْنِ لغير مَنْ عَلَيْهِ ، وَلَوْ قَالَ : صَالِحِي عَنِ الْأَلْفِ الَّذِي لَكَ عَلَى فَلَانٍ عَلَى لِحْفِيسِمَاةٍ صَبَحَ الصُّلْخُ وَلَوْ يَلَا إِذِنْ لِحَوَازِ الْإِسْتِقْلَالِ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغَيْرِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ سَابِقًا (3) .

وَأِنْ كَانَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ : هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ لِأَنَّكَ صَادَقٌ عِنْدِي فَصَالِحِي لِنَفْسِي ، فَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى بِهِ غَيْثًا فَهُوَ شِرَاءٌ مُتَّصُوبٌ ؛ فَيَفْرَقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِرَاجِهِ فَيَصْبَحُ ، وَعَدَمِهَا فَلَا يَصْبَحُ ، وَيَكْفِي لِلصُّلْخَةِ قَوْلُهُ : أَنَا قَادِرٌ عَلَى انْتِرَاجِهِ ، وَإِذَا لَمْ

(1) الْمُغْنِي (ج 4 ص 528) وَتَنْجِيزُ الْأَفْكَارِ (ج 8 ص 405) .

(2) تَنْجِيزُ الْأَفْكَارِ (ج 8 ص 407) وَالْمُغْنِي (ج 4 ص 528) وَمَعْنَى الْمَحْتَاجِ (ج 2 ص 177) وَحَاشِيَةُ

الشَّرْقَاوِي (ج 2 ص 65) . (3) مَعْنَى الْمَحْتَاجِ (ج 2 ص 181) .

يَقُلْ هو مُبْطِلٌ مع قوله هو منكِرٌ وصَالِحٌ لِنَتْسِيهِ أو للمدعى عليه فقد لَعَا الصَّلَاحُ ؛ لأنه اشترى منه ما لم يَثْبُثْ يَمْلِكُهُ لَهُ (١) .

زَكْنُ الصَّلَاحِ

ركن الصَّلَاحِ الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول المدعى عليه : صالحتك من كذا على كذا ، أو من دعواك كذا على كذا ، ويقول الآخر : قَبِلْتُ أو رَضِيتُ أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح (٢) .

شروط الصلح

للصلح شروط عديدة بعضها يرجع إلى المصالح ، وبعضها يرجع إلى المصالح عليه ، وبعضها يرجع إلى المصالح عنه .

شروط المصالح

المصالح بضم الميم وهو أحد طرفي العقد ، ويشترط فيه مجئ شرطه هي :
أولاً : أن يكون المصالح عاقلاً ، وهو شرط عام في جميع التصرفات ، فلا يصح الصلح من المجنون ولا الصبي الذي لا يتقن وذلك لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل ، ولا يشترط البلوغ ، فيصح الصلح من الصبي الذي يعقل إن كان مأذوناً له فيه ، وكان له فيه نفع ، أما إن كان له فيه ضرر فلا يصح صلحه ، وعلى هذا إذا وجب للصبي المأذون على إنسان دين فضالحه على بعض حقه فإن لم يكره له عليه بيعة جاز الصلح ؛ لأنه عند انعدام البيعة لا حق له إلا الخصومة والحلف ، والمال ألحق له منهما ، وإن كان له عليه بيعة لا يجوز الصلح ؛ لأن الحفظ تبرع وهو لا يملك التبرعات (٣) .

ثانياً : أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مُضِيراً به ضرراً ظاهراً .

وعلى هذا من ادعى على صبي ذنباً فصالح أب الوصي من دعواه على ماله الصبي الصغير ، فإن كان للمدعى بيعة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى به أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز ؛ لأن الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لإمكان الوصول إلى كل

(١) نفس المرجع السابق .

(٢) البدائع (ج ٦ ص ٤١١) ونتائج الأفكار (ج ١١ ص ٤٠٤) .

(٣) البدائع (ج ٦ ص ٤٠) .

الحق بالبينة ، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير ، وإن لم تكن له بينة لا يجوز الصلح لأنه عند انعدام البينة . فإنه يَقْبَحُ الصلح تبرعاً بمال الصغير ، وهو ضررٌ محض فلا يملكه الأب ، ولو صالح من ماله نفسه جاز ؛ لأنه لم يَقْضَ بالصغير بل نَفَعَهُ إذ قَطَعَ الخصومة عنه ، ولو ادَّعى أب الصغير على إنسان ذنباً للصغير فصالح على أن حطَّ بعضه وأخذ الباقي فإن كان له عليه بينة فإنه لا يجوز الصلح ؛ لأن الخط من الذنب تبرع من مال الصغير ولا يملك الأب ذلك ، وإن صالحه على مثلي قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز ؛ لأن الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يَمْلِكُ البَيْعَ فيملك الصلح (1) .

ثالثاً : أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله (الصغير) وذلك كالأب والجد والوصي ؛ لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (2) .

رابعاً : أن لا يكون المصالح مرتدّاً وهو قول أبي حنيفة ، وذلك بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة ، بخلاف الصاحيتين فإن تصرفات المرتد عندهما نافذة (3) .

شروط المصالح عليه

الشرط الأول : أن يكون المصالح عليه مآلاً فلا يصح الصلح عملاً ليس بمال كالحفر والميتة والخنزير والذم وصيد الإحرام والحرم وغير ذلك مما ليس بمال .

وذلك لأن في الصلح معنى المعاوضة فما لا يَصْلُحُ عوضاً في البياعات لا يَصْلُحُ بدل الصلح ، وكذا إذا صالح على عبد فإذا هو حر لا يصح الصلح ؛ لأنه يَبَيِّنُ أن الصلح لم يُصَادِفْ مَحَلَّهُ ، وسواء كان المال عيئاً أو ذنباً أو منفعة ليست بعين ولا ذنب ؛ لأن العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عيئاً وقد يكون ذنباً وقد يكون منفعة ، ويأن ذلك : أن المدعى به يَحْتَمِلُ أحدَ الوجوه الثلاثة التالية وهي :

الأول : أن يكون المدعى به عيئاً وهو ما يحتمل الثمين مطلقاً جثثاً ونوعاً وقدرًا وصفةً واستحقاقاً كالعروض من الثياب والعقار من الأرضين والدور ، والحيوان من الدواب ، والمكيل من الحنطة والشعير ، والموزون من الثعالب والحديد .

الثاني : أن يكون ذنباً ، وهو ما لا يحتمل الثمين من الدارهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سيوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف .

(1) البدائع (ج 6 ص 41) .

(2 ، 3) البدائع (ج 6 ص 42) .

الثالث : أن يكون منفعة ، ويحتمل أن يكون المصالح عليه حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة ، وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة ، والصلح لا يخلو من أن يكون عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن شكوكه .

فإن كان المدعى به عيناً فصالح منها عن إقرار فإنه يجوز سواء كان بدل الصلح عيناً أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة ، إلا الحيوان والثياب ، لأن هذا الصلح من الجانبين في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الأشياء تصلح ثمناً في البياعات سواء كانت عيناً أو ديناً إلا الحيوان فإنه يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال أصلاً ، وكذلك الثياب فإنها لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم وذلك من بيان القدر والوصف والأجل ⁽¹⁾ .

وإن كان المدعى به ديناً ، فإن كان ذراهم أو دنانير فصالح منها فيحتمل ذلك أحد وجهين :

أحدهما : أن يصالح منها على بخلاف جنسها أو على جنسها . فإن صالح منها على بخلاف جنسها ، فإن صالح منها على غير جاز ، لأن الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وهو جائز ، وإن صالح منها على جنسها فإن صالح من ذراهم على ذراهم فذلك يحتمل ثلاثة أوجه :

أولها : أن يصالح على بمثل حقه ، فإن صالح على بمثل حقه قدرًا ووصفًا بأن صالح من ألف جيتاد على ألف جيتاد فهو جائز ولا يشترط القبض ؛ لأن هذا استيفاء عين حقه أصلاً ووصفًا .

ثانيها : أن يصالح على أقل من حقه ، فإن صالح على أقل من حقه قدرًا ، وصفه بأن صالح من الألف الجيتاد على خمسمائة مبهرجة فهو جائز كذلك ويحتمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً والإبراء عن الباقي أصلاً ووصفًا ؛ لأن أمور المسلمين متحمولة على الصلاح والتداد ما أمكن .

ثالثها : أن يصالح على أكثر من حقه قدرًا ووصفًا بأن يصالح من ألف مبهرجة على ألف وخمسمائة جيتاد . أو صالح على أكثر من حقه قدرًا لا وصفًا ، بأن صالح من ألف جيتاد على ألف وخمسمائة مبهرجة . فإنه لا يجوز لأنه ربا . وإن صالح على أكثر من

حقه وصفاً وأقل منه قدرًا فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف ،
 ووجه ذلك : أنَّ الصِّلَحَ في ذلك اعتياض عن صفة الجودة وهو لا يجوز ؛ لأنَّ الجودة
 في الأموال الزبونية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها وذلك للخبر : « جَيِّدُهَا وَرَدِيُّهَا سَوَاءٌ »
 فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعاً ، والشاقطُ شرعاً والعدمُ الأصلي سواء (1) .

أما إن كان المدعى به منفعة ، فإن كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا
 صالَح من سُكْنَى دارٍ على يَظْمَةٍ تَمْلُوكُ فإنه يجوز ، وإن كانتا من جنس واحد فلا يجوز ،
 وهو مذكور في الإجازات ، وإذا اغتير الصِّلَح على المنافع إجارة فإنه يصح بما يصح
 الإجازات ويُفسد بما تُفسد به (2) .

الشرط الثاني : أن يكون المصالح عليه متقومًا ، فلا يصح الصِّلَح على غير المتقوم
 كالخمر والخنزير ؛ لأن ذلك ليس بمالٍ متقوم في حق المسلم دون الكفاية وهو قول الحنفية .

الشرط الثالث : أن يكون المصالح عليه مملوكًا للمصالح ، فلو صالَح على مالٍ ثم
 استحق من يد المدعي لم يصح الصِّلَح ؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكًا للمصالح فتبين أنَّ
 الصِّلَح لم يصح (3) .

الشرط الرابع : أن يكون المصالح عليه مغلولًا ، فإن جهالة البدل تُفضي إلى المنازعة
 فتوجب فساد العقد إلّا إذا كان شيئًا لا يفتقر إلى القبض والتسليم وذلك كما لو ادعى
 رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقًا ، ثم تصالحا على أن يحتل كل واحد منهما ما
 ادعاه على صاحبه صلحًا مما ادعاه عليه صاحبه : فإنه يصح الصِّلَح وإن كان مجهولاً ؛ لأنَّ
 جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لاعتقدها بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم
 فإذا كان ما لا يستغني عن التسليم والتسليم لا يُفضي إلى المنازعة فلا يمتنع الجواز (4) .

شروط المصالح عنه

يُشترط أن يكون المصالح عنه حقًا للعبد لا لغيره عز وجل ، سواء كان ذلك مالا - عتيقًا أو
 دينًا - أو حقًا ليس بمال عين ولا دين ، فلا يصح الصِّلَح في حُدِّ الزَّنا والشرقة وشُرْب
 الخمر كما لو صالَح زانيًا أو سارقًا أو شارب خمرٍ على مالٍ على أن لا يرفعه إلى ولي
 الأمر ؛ لأن ذلك حق الله تعالى ، ولا يجوز الصِّلَح في حقوق الله تعالى ؛ لأن المصالح

(1) البدائع (ج 6 ص 43)

(2) البدائع (ج 6 ص 47) .

(3 - 4) البدائع (ج 6 ص 48) .

بالصلح مُتَصَرِّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ؛ إِنَّمَا بِاسْتِيفَاءِ كُلِّ حَقِّهِ ؛ أَوْ بِاسْتِيفَاءِ بَعْضِ حَقِّهِ وَإِسْقَاطِ الْبَاقِي ، أَوْ بِالْمُعَاوَضَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ حَقِّهِ ، وَكَذَا إِذَا صَالَحَ فِي حَدِّ الْقَذْفِ بَأَن قَدْ ذَفَّ رَجُلًا فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ عَلَى أَن يَعْفُوَ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ فِي حَدِّ الْقَذْفِ حَقٌّ لَكِنُّ الْمَغْلَبِ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَالْمَغْلُوبُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ شَرْعًا ، فَكَانَ ذَلِكَ فِي حُكْمِ الْحَقُوقِ الْمُتَمَحِّضَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَأَنْهَا لَا تَحْتَمِلُ الصَّلَاحَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ صَالَحَ شَاهِدًا يُرِيدُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ عَلَى مَالٍ عَلَى أَن لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ ؛ فَهُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ فِي إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ مُتَحْتَسِبٌ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَقْسِمُوا أَلَّا تَكُونُوا مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ (1) وَالصَّلَاحُ عَنْ حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى بَاطِلٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا أَخَذَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَلَوْ عَلِمَ الْقَاضِي بِهِ أَبْطَلَ شَهَادَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِشَقٌ إِلَّا أَنْ يُخَدِّثَ تَوْبَةً فَتُقْبَلَ (2) .

وَيَجُوزُ الصَّلَاحُ عَنِ التَّغْزِيرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ ، وَكَذَا يَصْبَحُ عَنِ الْقَصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَصَاصَ مِنْ حَقِّ الْعَبْدِ (3) .

حُكْمُ الصَّلَاحِ

الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لِلصَّلَاحِ انْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ وَالْمُتَارَعَةِ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ شَرْعًا ، فَلَا تُشْتَمَعُ دَعَاؤُهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَثَلَاثَةُ أَحْكَامٍ طَارِئَةٌ لِلصَّلَاحِ هِيَ :

أَوَّلًا : حَقُّ الشُّفْعَةِ لِلشُّفْعِيِّ ، فَلَوْ كَانَ الْمُدْعَى بِهِ دَارًا وَبَدَّلَ الصَّلَاحَ سِوَى الدَّارِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَغَيْرِهِمَا فَإِنْ كَانَ الصَّلَاحُ عَنْ إِقْرَارِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لِلشُّفْعِيِّ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنَ الْجَائِزِينَ فَيَجِبُ حَقُّ الشُّفْعَةِ ، وَإِنْ كَانَ الصَّلَاحُ عَنْ إنْكَارٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنْ جَانِبِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بَلْ هُوَ بَدَلُ الْمَالِ لِيُدْفَعَ الْخُصُومَةُ وَالْيَمِينُ ، لَكِنِ لِلشُّفْعِيِّ أَنْ يَقُومَ مَقَامَ الْمُدْعَى فَيُذِلِّي بِحُجَّتِهِ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُدْعَى بَيْنَهُمَا الشُّفْعَةُ عَلَيْهِ وَأَخَذَ الدَّارَ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ بِإِقَامَةِ الْبَيْنَةِ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّ الصَّلَاحَ كَانَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيْنَةٌ فَخِلِفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ فَتَكُل .

وَإِنْ كَانَ بَدَلُ الصَّلَاحِ دَارًا وَكَانَ الصَّلَاحُ عَنْ إِقْرَارِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لِلشُّفْعِيِّ

(1) سُورَةُ الْعَلَّاقِ الْآيَةُ (2) .

(2) الْبِدَائِعُ (ج ٤ ص 4٨) وَتَالِجُ الْأَنْكَارِ (ج ٨ ص 41٨) .

(3) الْبِدَائِعُ (ج ٨ ص 4٨) وَتَالِجُ الْأَنْكَارِ (ج ٨ ص 416) .

حَقُّ الشُّفْعَةِ فِي الدَّائِرَتَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الصَّلَاحَ هُنَا فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا تَبَايَعَا دَائِرًا بِدَارٍ ، فَيَأْخُذُ شَفِيعُ كُلِّ دَائِرٍ الدَّائِرَ الْمَشْفُوعَةَ بِقِيَمَةِ الدَّائِرِ الْآخَرَى (1) .

ثَانِيًا : حَقُّ الرُّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَهُوَ يَثْبُتُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كِلَيْهِمَا إِنْ كَانَ الصَّلَاحُ عَنْ إِقْرَارٍ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ عَنْ إنْكَارٍ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي مَجَالِبِ الْمُدَّعِي وَلَا يَثْبُتُ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِ لَا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (2) .

ثَالِثًا : الرُّدُّ بِخِيَارِ الرَّؤْيَةِ فِي تَوْعِي الصَّلَاحِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعِي فَيَسْتَدْعِي كَوْنَهُ مُعَاوَضَةً عَنْ حَقِّهِ ، وَقَدْ وَجَدَ (3) .

رَابِعًا : عَدَمُ جَوَازِ التَّصَوُّفِ فِي بَدْلِ الصَّلَاحِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ مَتَقُولًا فِي تَوْعِي الصَّلَاحِ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمُدَّعِي بَيْعُهُ وَهَيْبَتُهُ وَنَحْوُ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ عَقَارًا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ فِي الصَّلَاحِ عَنِ الْقِصَاصِ لِلْمُضَالِحِ أَنْ يَبِيعَهُ وَيَبْرَأَ عَنْهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَكَذَلِكَ الْمَهْرُ وَالْخَلْعُ (4) .

خَامِسًا : إِنْ الْوَكِيلَ بِالصَّلَاحِ إِذَا ضَالَّحَ بَدَلَ الصَّلَاحِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ أَوْ يَلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهَذَا يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنْ يَكُونَ الصَّلَاحُ فِي مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ .

ثَانِيَهُمَا : أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى اسْتِيفَاءِ عَيْنِ الْحَقِّ ، فَإِنْ كَانَ فِي مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ ؛ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ دُونَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ جَارِيًا مَبْجُوزًا تَبِيعَ ، وَحَقُوقُ الْبَيْعِ رَاجِعَةً إِلَى الْوَكِيلِ .

وَإِنْ كَانَ فِي مَعْنَى اسْتِيفَاءِ عَيْنِ الْحَقِّ ؛ فَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ كَذَلِكَ : إِمَّا أَنْ تَضْمَنَ بَدَلَ الصَّلَاحِ فَيَلْزَمُهُ بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ لَا بِحُكْمِ الْعَقْدِ ، وَإِمَّا أَنْ لَا يَضْمَنَ بَدَلَ الصَّلَاحِ فَلَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الرُّسُولِ فَلَا تُرْجِعُ إِلَيْهِ الْحَقُوقُ (5) .

مَا يَنْبَغِي بِهِ الضَّلَاةُ

يَتَّعِلُّ الصَّلَاحُ بَعْدَ وَجُودِهِ بِجُمْلَةِ أَشْيَاءَ هِيَ :

أَوَّلًا : لِحَاقِ الْمُرْتَدِّ بِدَارِ الْحَرْبِ أَوْ مَوْتِهِ عَلَى الرَّدَةِ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ وَذَلِكَ بِنَاءً

(1) البدائع (ج 6 ص 53) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 409) .

(2) ، (3) البدائع (ج 6 ص 53) . (4) البدائع (ج 6 ص 54) .

(5) البدائع (ج 6 ص 54) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 422) ومنه شرح العناية .

على أن تصرفات المُوْتَدِ مَوْقُوفَةٌ عنده على الإسلام أو على اللّٰهوقِ بدار الحرب والموت ، فإنَّ أسلم نُقِذَتْ تصرفاتُه ، وإن لحق بدار الحرب وقَضِيَ القاضِي به ، أو قُتِلَ أو مات على الرِّدة بَطَلَتْ تصرفاتُه ، أما عِنْدَ الصّاحِبِينَ فتصرفاتُه نَافِذَةٌ .

ثانياً : الرُّدُّ بخيار العيب والرَّوْية ؛ لَأَنَّهُ يُفْسَخُ الْعَقْدُ (1) .

ثالثاً : الاستحقاق وهو ليس بإطلائاً حَقِيقَةً ، بل هو بَيَانُ أَنَّ الصِّلَحَ لم يصبح أصلاً لا أَنَّهُ يَطْلُلُ بعد الصَّحَةِ .

رابعاً : هلاكُ أَحَدِ المتعاقدين في الصِّلَحِ على المنافع قبل انقضاء المَدَّةِ ؛ لَأَنَّهُ بمعنى الإجارة ، وَلَئِنَّمَا يُطْلَقُ الإجارة بموت أَحَدِ المتعاقدين .

خامساً : الإقالة فيما سِوَى القصاصِ ؛ لَأَنَّ ما سِوَى القصاصِ لا يخلو عَنْ مَعْنَى مُعَاوَضَةِ المَالِ بِالْمَالِ ؛ فَكَانَ مُحْتَمِلاً لِلْفَسْخِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ ، أَمَّا الْقَصَاصُ فَالصِّلَحُ فِيهِ إِسْقَاطٌ مُحَضَّرٌ ؛ لَأَنَّهُ عَفْوٌ ، وَالْعَفْوُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَالطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ (2) .

(1) البدائع (ج 6 ص 54) ونتائج الألفكار (ج 8 ص 409) .

(2) البدائع (ج 6 ص 54) ونتائج الألفكار (ج 8 ص 410) .

ما هي الإقالة ؟

الإقالة في اللغة : الرفع ، يقال : أقال الله عثرته : إذا رفعه من سقوطه ، ومنه الإقالة في البيع ؛ لأنها رفع العقد ، يقال : قاله قبلاً ، واستقال البيع فأقاله ، وكذلك في لسان الشرع ، فهي : دفع العقد وإزالته في حق المتبايعين ⁽¹⁾ .

والإقالة بهذا المعنى مشروعة ، وقد ثبتت شرعيتها بكل من السنة و الإجماع ، أما السنة : فقد أخرج أبو داود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقال مسلماً أقاله الله عثرته » ⁽²⁾ .

وفي رواية ابن ماجه « من أقال مسلماً أقاله الله عثرته يوم القيامة » ⁽³⁾ .

والإقالة جائزة بإجماع المسلمين ، ولأن عقد البيع حق المتبايعين فيملكان رفعه (العقد) الذي وقع بينهما ؛ دفعا لحاجتهما ؛ لأن كل من كان له حق : يملك رفعه ⁽⁴⁾ .

حكم الإقالة

الإقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الأحوال ؛ متقولاً كان المبيع أو غير منقولي ، مقبوضاً أو قبل القبض ، وهي بيع جديد في حق غيرهما ؛ لأن المبيع عاد إلى البائع بلغظ لا يتعقد به البيع ؛ فكان فسخاً كالرد بالعيب ، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع العقد الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته هو رجوع عين الثمن الأول إلى مالكه كأن لم يدخل الوجود غيره ، وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص ، ولما لم يكن ففعل المتقايين نافذاً على غيرهما جيلت الإقالة بالنسبة لغيرهما يبقا فيقضى بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع ، فإن لم يمكن جمعه فسخاً . كما إذا كان المبيع عرضاً بالدرهم فهلك - فإنها تبطل ، وذلك الذي عليه الشافعية ، وكذا الحنابلة في الأصح من مذهبيهم ، وهو قول أبي حنيفة ⁽⁵⁾ .

(1) المصباح المنير (ج 2 ص 181) والبنية (ج 6 ص 477) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 486) والمغني (ج 4 ص 135) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 274) . (3) ابن ماجه (ج 2 ص 741) .

(4) البنية (ج 6 ص 477 ، 478) والمغني (ج 4 ص 135) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 486) .

(5) شرح فتح القدير (ج 6 ص 487) والبنية (ج 6 ص 478) والمغني (ج 4 ص 135) والمجموع (ج 13 ص 160) وبداية المجتهد (ج 2 ص 181) .

ومما يُستدل به على أن الإقالة قَشَحَ : أنها (الإقالة) الدفع والإزالة ؛ فلفظ الإقالة يُنبئ عن القَشَحِ والرفع ، فهو حقيقة فيه ، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها فإن تَعَدَّرَ ذلك صيّر اللفظ إلى المجاز إن أمكن وإذا لم يُمكن بطل ، وهنا يمكن أن يُجعل اللفظ مجازاً عن ابتداء العقد ؛ لأنه لا يُحتملُ لكونها ضِدّه .

وقال ابن المنذر في ذلك : وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يُقبِلَ المسلم جميع المسلم فيه : دليل على أن الإقالة ليست بيعاً ؛ ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالإسقاط ؛ ولأن الإقالة تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به ، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا يُتَقَدَّرُ به البيع فكان فسحاً كالردّ بالعيب ⁽¹⁾ .

وذهب آخرون إلى أن الإقالة يَبِيعُ ، وهو قول المالكية ، وهي الرواية الثانية للحنابلة ، ووجه ذلك : أن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه ، فلما كان الأول بيعاً كان الثاني مَبْلُغاً ؛ ولأنه نُقِلَ المَبْلُوكُ بموضعٍ على وَجْهِ التراضي فكان بيعاً كالأول ، وجملته القول : أن الإقالة تَرُكُ المبيع لبائعه بثمنه .

وبناءً على كون الإقالة يَبِيعُ لم يَجُزْ ذلك قبل القبض فيما يُعْتَبَرُ فيه القبض ؛ لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ، ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسحاً ؛ لأن الإقالة رَفَعَ للعقد وإزالة له وليس بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ، واشتراطوا لجواز الإقالة أن تَقَعَ مِنْ جميع المبيع ، أما لو وقعت من بعضه فلا تجوز إلا إذا كان رأس المال عرضاً يُعْرَفُ بعينه مُطْلَقاً أو كان عيناً أو طعاماً قَبِضَ أو لم يُقَبِضَ ⁽²⁾ .

وعند أبي يوسف : الإقالة يَبِيعُ إلا أن لا يمكن جعله بيعاً بأن وقعت الإقالة قَبْلَ القبض في مبيع منقول فتَجَعَلَ قَشَحاً ، فإن تَعَدَّرَ كَوْنُهَا يَبِيعاً وَفَسَحاً كما لو كان المبيع عَرَضاً بالدراهم فتقايلاً بعد هلاك العرض فحينئذ تَبْطُلُ ، وعند محمد : الإقالة قَشَحٌ إلا أن يتَعَدَّرَ ، فهو يَبِيعٌ فإن تَعَدَّرَ ذلك بطلت الإقالة ⁽³⁾ .

(1) المغني (ج 4 ص 119 ، 116) والمجموع (ج 13 ص 160) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 489) ومعه شرح العناية .

(2) المغني (ج 4 ص 116) وأسهل المدارك (ج 2 ص 239) .

(3) شرح فتح القدير (ج 6 ص 487) .

وإذا ثبت ذلك ، فإن الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول ، فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ، والإقالة على الثمن الأول ؛ لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، فإن شرط أكثر من الثمن الأول لم يجز قطعا ، وإذا شرط أقل لم يجز كذلك إلا أن يتحدث في المبيع غيب فحينئذ تجوز الإقالة بالأقل ؛ لأن الخط يجعل بإزاء ما فات بالمبيع ، وهو قول الإمام أبي حنيفة (1) .

وذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن الإقالة بأكثر من الثمن أو بأقل منه إلى جنس آخر تبطل ؛ لأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه فإذا شرط زيادة أو نقصانا أخرج العقد عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم (من السلم) (2) .

(1) شرح فتح القدير (ج 6 ص 489 ، 490) والبنابة (ج 6 ص 478) .

(2) المغني (ج 4 ص 137) والمجموع (ج 13 ص 160) .

مسائل في الصلح

المسألة الأولى :

لو كان له على آخر ألف دينار فصالحه على خمسمائة جاز ، وكأنه أبراه عن بعض حقه ، أما لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز ؛ لأن المعجل خير من الشيعة ، وهو غير مستحق بالتقدي فيكون بإزاء ما حطه عنه ، أي تكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين ، وصفة التعجيل في مقابلة الباقي ، وذلك اعتياض عن الأجل ، وهو حرام⁽¹⁾ .

مسألة ثانية :

لو ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد هذا النكاح ، فصالحته على مال بذلك حتى يترك الدعوى جاز ، وكان ذلك في معنى الخلع ؛ لأنه أمكن تصحيحه خلقا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها ، فإن أقام على التزويج يئذ بعد الصلح لم تقبل ؛ لأن ما جرى كان خلقا في زعمه ولا فائدة في إقامة البينة بعد ذلك .

وإن كان مبطلا في دعواه لم يجز له ما أخذه بيته وبين الله تعالى ، وهذا عام في جميع أنواع الصلح إلا أن يستلزمه بطيب نفسه فيكون تملكيا على طريق الهبة ، وعكس هذه المسألة : ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها ، فقبل ؛ يجوز ، وكان الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ، ثم طلقها ، وقيل : لا يجوز كأن الزوج بذل لها المال لترك الدعوى ، فإن يجعل ترك الدعوى منها قرعة فلا عوض على الزوج في القرعة ، وإن لم يجعل قرعة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى ؛ لأن القرعة لما لم توجد كانت دعواها على حالها ليتقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة⁽²⁾ .

المسألة الثالثة :

إذا اعترف لغيره بحق فصالحه على بعضه : لم يصح الصلح ؛ لأن ذلك هضم للحق

(1) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 8 ص 426) ومعني المحتاج (ج 2 ص 179) والأنوار (ج 1 ص 449) .

(2) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 8 ص 419) .

إلا أن يتطوع المقر له بطيب نفس منه . ويأتى ذلك : أن من اعترف بحق حتى صولح على بعضه كان الصلح باطلاً ، سواء كان ذلك بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء ، أو بلفظ الهيئة المقرونة بشرط ، كأن يقول : أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تُعطيني ما بقي فذلك حرام ؛ لأنه هضم للحق .

فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفس لم يجعل أخذه ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جائز ، غير أن ذلك ليس بصلح ، بل إن كان الاعتراف بشيء فقصاه من جنسه فهو وقاء ، وإن قصاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن أبراه من بعضه اختياراً منه واشتوفى الباقي فهو إبراء ، وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة ، فلا يُشكى ذلك صلحاً وهو قول الحنابلة (1) ويُشكى ذلك عند الشافعية صلحاً ؛ إذ قالوا : لو صالح عن الدين على بعضه فهو إبراء يصح بلفظه ، ولفظ الهيئة والخط والتوكيد والإحلال والتحليل والإسقاط والغفو ، ولا يشترط القبول وقبض الباقي في المجلس ، ويصح بلفظ الصلح ، ويشترط القبول ، ولا يصح بلفظ البيع ؛ لأنه موضوع للأغنيان (2) .

والراجع : أنه لا يصح الصلح إلا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع إلى المدعي شيئاً افتداءً ليمينه ، وقطعاً للخصومة ، وصوتاً للنفوس أن تبدل بحضور مجالس الحكم .

أما إن كان أحدهما كاذباً ؛ كأن يدعي المدعي شيئاً يعلم أنه ليس له ويُكفر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصلح في ذلك باطل في الباطن ؛ لأن المدعي إذا كان كاذباً فما يأخذه أكلٌ للمال بالباطل فهو يأخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون حرماً عليه كمن خوف رجلاً بالقتل حتى أخذ ماله .

وإن كان صادقاً والمُدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فيجده لينتقص حقه ، أو يُؤديه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكلٌ للمال بالباطل فيكون ذلك حرماً ، والصلح فيه باطل ولا يجعل له مال المدعي بذلك ، وإنما ذلك في الحقيقة والباطن ، أما الظاهر لنا فهو الصحة ؛ لأننا لا تعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظاهر ، وظاهر المسلم السلامة (3) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 449) .

(1) المغني (ج 4 ص 533 ، 534) .

(3) المغني (ج 4 ص 530) .

المسألة الرابعة :

لو كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو غروض جاز ذلك ، قل ما أعطوه إياه أو كثر ، وذلك لأنه أمكن تصحيحه بيعًا ، والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ، وفي ذلك أثر عن عثمان (رضي الله عنه) ؛ فقد صالح تنازح الأشجيمية امرأة عبد الرحمن بن عوف (رضي الله عنه) عن ربيع ثمنها (حصتها من الميراث) على ثمانين ألف دينار .

وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبًا ، أو كان ذهبًا فأعطوه فضة ، فهو جائز أيضًا ؛ لأن ذلك بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يُعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس ؛ لأنه صرف ، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدًا لكونها في يده ، فإنه يُكتفى بذلك القبض ... أي القبض السابق ... لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبضان بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مقام الآخر ، أما إذا كان الذي في يده بقيتها مقرًا ، فإنه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه ؛ لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح ، وإن كانت التركة ذهبًا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه يمثل به الزيادة بحقه من بقية التركة احترازًا عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يُقابل نصيبه من الذهب والفضة ؛ لأنه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عوضًا جاز مطلقًا لعدم الربا (1) .

المسألة الخامسة :

لو صالح عن دار بعوض فوجد العوض مُستحقًا رجع في الدار وما صالح عنه ، أو بقيته إن كان تالفًا ؛ لأن الصلح هنا بيع في الحقيقة ، فإذا تبين أن العوض كان مُستحقًا كان البيع فاسدًا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس بيعًا وإنما يأخذه عوضًا عن إسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئًا فوجده معيبًا فصالحه عنه بمال فاستبان أنه مُستحق رجع بأرض العيب ، ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضًا عن أرض العيب فزال العيب رجعت بأرضه لا بمهر المثل ؛ لأنها رضيته ذلك مهرًا لها (2) .

(1) نتائج الأفكار ومعه شرح الصلابة (ج 2 ص 438 - 441) .

(2) المغني (ج 4 ص 546) .

السئلة السادسة :

إذا صَالَح رجلاً على مَوْضِع فَنَاءٍ من أَرْضِهِ يَجْرِي فِيهَا مَاءٌ ، وَقَدْ بَيَّنَّا مَوْضِعَهَا وَعَرْضَهَا وَطَوَّلَهَا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَن ذَلِكَ بَيْعٌ مَوْضِعٍ من أَرْضِهِ وَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ عُمُقِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الْمَوْضِعَ كَانَ لَهُ إِلَى تُخُومِهِ (حُدُودِهِ) قُلَّةٌ أَنْ يَشْرَكَ فِيهِ مَا شَاءَ (1) .

السئلة السابعة :

وَلَوْ صَالَحَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يَجْرِيَ مَاءٌ سَطْحِهِ مِنَ الْمَطَرِ عَلَى سَطْحِهِ ، أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنْ سَطْحِهِ ، أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنْ أَرْضِهِ : جَازٌ ، إِذَا كَانَ مَا يَجْرِي مَاءً مَعْلُومًا ، إِنَّمَا بِالْمُشَاهَدَةِ ، وَإِنَّمَا بِمَعْرِفَةِ الْمِسَاحَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَخْتَلِفُ بِصَغَرِ السَّطْحِ وَكِبَرِهِ وَلَا يُمْكِنُ ضَبْطُهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، وَيَشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْرِي مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى السَّطْحِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ وَلَا يُفْتَقَرُ إِلَى ذِكْرِ مَدَّةٍ ، لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى هَذَا (2) .

السئلة الثامنة :

إِذَا أَرَادَ أَنْ يَجْرِيَ مَاءٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَغَيْرِ ضَرُورَةٍ لَمْ يَحْزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَإِنْ كَانَ لَضَرُورَةٍ ، كَانَ يَكُونُ لَهُ أَرْضٌ لِلزَّرَاعَةِ لَهَا مَاءٌ لَا طَرِيقَ لَهُ إِلَّا أَرْضُ جَارِهِ ، فَفِي ذَلِكَ رَوَايَتَانِ : الْأُولَى : عَدَمُ الْجَوَازِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ كَمَا أَنَّهُ لَمْ تَدْخُلْ إِلَيْهِ ضَرُورَةٌ ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُنَاجِحُ الزَّرْعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ وَلَا الْبِنَاءُ فِيهَا وَلَا الْاِمْتِنَاعُ بِشَيْءٍ مِنْ مَنَافِعِهَا الْحَرَمَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ هَذِهِ الْحَاجَةِ .

الثانية : الْجَوَازُ (3) لَمَّا زَوِيَ أَنَّ الضُّحَّاكَ بْنَ خَلِيقَةَ سَاقَ خَلِيجًا مِنَ التَّهْرِيطِ فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمَةَ ، فَأَبَى فَقَالَ لَهُ الضُّحَّاكَ : لَمْ تَمْنَعْنِي وَهُوَ مَنْفَعَةٌ لَكَ ، تَشْرِبُهُ أَوْلًا وَآخَرًا وَلَا يَضُرُّكَ ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضُّحَّاكَ عُمَرَ ، فَدَعَا عُمَرُ مُحَمَّدَ ابْنَ مُسْلِمَةَ وَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ ، فَقَالَ لَهُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ تَشْرِبُهُ أَوْلًا وَآخَرًا ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ ، فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فَقَعَلَ .

* * *

(2) المغني (ج 4 ص 547) .

(1) المغني (ج 4 ص 546) .

(3) المغني (ج 4 ص 548) .

وبعارة أوجز فإنها بيع المنافع (1) .

شرعية الإجارة

ثبتت شرعية الإجارة بكل من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضُنَّ لَكُمْ فَتَأْوَهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (2) .

وقوله جل وعلا : ﴿ قَالَتْ لِمَحْدِنَهُمَا يَبْتَأَتِ أَسْتَفِجِرُهُ إِنَّكَ خَيْرٌ مَنِ اسْتَفْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ (3) قَالَ إِنْ أُريدُ أَنْ أَكْمَلَكَ لِمَحْدِي أَبْنَى هَتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ (3) .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « قال الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه العمل ولم يؤفه أجره » (4) .

ولما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة ومعه صاحبه أبو بكر الصديق ، استأجرا عبد الله بن أريقط - وهو رجل من بني الدئل وكانت أمه من بني سهم بن عمرو وكان مشركاً - يدلهما على الطريق فدفعا إليه راحلتيهما ، فكانتا عنده يرعاهما لميعادهما (5) .

وأخرج ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » (6) . وأخرج مسلم عن أنس قال : « دعا النبي ﷺ غلاماً لنا حججاً فمخيمه ، فأمر له بصاع أو مثد أو مثدين » (7) وغير ذلك من نصوص السنة كثير .

أما الإجماع ، فقد أجمع العلماء في كل زمان ومكان على جواز الإجارة إلا ما ذكر عن عبد الله بن الأصم قوله بعدم جواز الإجارة ؛ لأنها مبنية على العَرَر . وهو قول باطل

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 332) والمغني (ج 5 ص 413) ونتائج الأفكار لقاضي زاده (ج 9 ص 58) والأنوار (ج 1 ص 588) .

(2) سورة الطلاق الآية (6) .

(3) سورة الفصص الأيتان (26 ، 27) .

(4) رواه البخاري (523 / 4) رقم (2270) وابن ماجه (816 / 2) رقم (2442) . وانظر الترغيب والترهيب

(ج 4 ص 10) . (5) انظر سيرة ابن هشام (ج 2 ص 129) .

(6) رواه ابن ماجه (817 / 2) رقم (2443) وصححه الألباني . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 175) .

(7) مسلم (ج 5 ص 39) .

بالنظر لحاجة الناس التي تقتضي الإجازات وإلا أصابهم الخزي العظيم ، فضلاً عن الاستدلال القاطع بالكتاب والسنة والإجماع على الجواز⁽¹⁾ .

أما المعقول : فهو أن الحاجة تدعو إلى الإجارة ؛ فإنه ليس لكل واحد مسكن يملكه فيؤويه أو مركب يملكه فيحمله ، أو خادم يستخدمه فيخدمه في قضاء حاجاته وإصلاح شئونه . ولامندوحة لكل امرئ عن الاستفادة من أعمال الآخرين من أصحاب الصنائع بالأجرة⁽²⁾ .

صيغة عقد الإجارة

الإجارة عقد لازم من الطرفين (المؤجر والمستأجر) فليس لواحد منهما أن يفسخ ؛ لأن الإجارة عقد معاوضة كالبيع فكان لازماً ، بل هي نوع من أنواع البيوع واختصت باسم مثلما اختص عقد الصرف أو السلم بهذا الاسم . وعلى هذا إذا وقعت الإجارة صحيحة خالية من خيارات الشرط والعيب والرؤية كانت لازمة ، ولا يجوز فسخها . وذلك الذي عليه عامة العلماء في الجملة ، إلا ما دُكر عن شريح أنها عقد غير لازم ، وتفسخ بعذر أو بغير عذر⁽³⁾ .

وقالت الحنفية : يجوز فسخ الإجارة بعذر ، أما بغير عذر فلا ، وهي عقد لازم أصلاً⁽⁴⁾ .

وجملة القول في الإجارة : أنها عقد لازم ، فإذا ثبت ذلك وجب تملك المؤجر الأجر وتمليك المستأجر المنافع . وليس لأحد من العاقدین أن يفسخ قبل انقضاء المدة حتى وإن كان له في ذلك عذر ، وذلك على الخلاف ؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة التي تلزم طرفي العقد⁽⁵⁾ .

أركان الإجارة

أركان الإجارة أربعة هي :

الركن الأول : العاقدان ؛

وهما المؤجر والمستأجر ، وشرطهما أن يكونا من أهل التصرف أو التكليف ، وشرط

(1) المنفي (ج 5 ص 413) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 60) .

(2) منفي المحتاج (ج 2 ص 112) والمنفي (ج 5 ص 433) .

(3) البدائع (ج 4 ص 201) والمنفي (ج 5 ص 448) ومنفي المحتاج (ج 2 ص 334 ، 335) وأسهل المدارك

(ج 2 ص 121) .

(4) البدائع (ج 4 ص 201) .

(5) المنفي (ج 5 ص 449) .

ذلك العقل والبلوغ ، فلا تجوز الإجارة من المجنون بلا خلاف ، وكذا البلوغ وهو شرط عند أكثر العلماء ⁽¹⁾ خلافاً للحنفية ؛ إذ قالوا : ليس البلوغ من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ ، فالصبي العاقل المأذون له بالتصرف لو أجز أو استأجر جاز عقده ، وإن كان محجوراً عليه وقف النفاذ على إجازة وإيه ⁽²⁾ .

الركن الثاني : الصيغة :

وهي الإيجاب والقبول ، وذلك بلفظ يدل عليهما وهو لفظ الإجارة والاستئجار والإكراء والاكتراء ، فإذا وجد ذلك فقد تم الركن ، والكلام في ذلك كالكلام في صيغة البيع . وصورة ذلك أن يقول المؤجر للمستأجر : أجزرتك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه الدابة أو هذا المركب ، أو أكرمتك إياه ، أو ملكتك منافعه مدة سنة بكذا . فيقول المستأجر : قبلت ، أو استأجرت ، أو أكرمت أو استكرمت . على أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب موافقاً له متصلاً به ، وأن يكون ذلك قبل التفريق من العاقلين ؛ على الخلاف في معنى التفريق كما بيناه في البيع ⁽³⁾ .

على أن الصيغة في عقد الإجارة تعتبرها الحنفية ركن العقد الأساسي ، وما سواه من أركان فهي عندهم شرائط لهذا الركن ، وهو الإيجاب والقبول ⁽⁴⁾ .

الركن الثالث : الأجرة .

وهي إما أن تكون في الذمة أو تكون معينة ، فإن كانت في الذمة فإنه يشترط فيها أن تكون معلومة من حيث الجنس والقدر والصفة ، وذلك كالثمن في البيع ، وإن كانت الأجرة معينة فإنه يكفي فيها مشاهدتها ، وعلى هذا لا تجوز الإجارة حتى تكون الأجرة معلومة ؛ لأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن في البيع ، وفي هذا أخرج البيهقي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « من استأجر أجيراً فليقبله أجزؤه » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البيهقي أيضاً عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ « نهى عن استئجار الأجير - يعني - حتى يُبين له أجزؤه » ⁽⁶⁾ .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 332) والأنوار (ج 1 ص 588) والبدائع (ج 4 ص 176) والمغني (ج 5 ص 434) وبلغت المسالك على شرح الدردير (ج 2 ص 264) .

(2) البدائع (ج 4 ص 176) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 588) والبدائع (ج 4 ص 174) ومغني المحتاج (ج 2 ص 332) .

(4) البدائع (ج 4 ص 176) . (5 ، 6) البيهقي (ج 6 ص 120) .

ولذلك لا يجوز استعجار الدار مثلاً بعمارتها ، كأن يقول له : أيجرتك هذه الدار بما تحتاج إليه من عمارة ؛ لأن العمل في تعمیرها هو بعض الأجرة ، وهو مجهول فصيّر الأجرة مجهولة . أما لو أجره الدار بدراهم معلومة بلا شرط وأذن له في صرفها في العمارة جاز ، وكذلك لو أجره دابة أو مركباً شهراً من الزمن على أن تكون الأجرة مقبولة المستأجر من العلف أو غيره مما يلزم ؛ لا يصح أيضاً ؛ وذلك للجهالة في قدر الأجرة . وقد قال المالكية بجواز الاستعجار للخدمة بالطعام ونحوه ، وبذلك تجوز إجارة الخادم أو الظفر بطعامه وكسوته ، وكذا البهيمة بمقوتتها من العلف ونحوه على المتعارف (1) .

ولا يصح كذلك استعجار سلاح ليسلخ الشاة بجلدها الذي عليها ، ولا طمخان على أن يطحن البز أو الشعير ببعضه أو بالنخالة الخارجة منه ، فإن ذلك كله لا يصح ؛ وذلك للجهل بجلد البهيمة ؛ إذا لا تعلم هل يخرج الجلد سليماً أو غير سليم ؟ وهل يخرج ثخيناً أو رقيقاً ؟ لأنه حال كونه على البهيمة لا يكون معلوماً ، وكذا للجهل بقدر الدقيق أو النخالة ، وكذا لو استأجر قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف ، أو الدائس بالتبن أو ببعضه بعد الدباسة ، أو النساج ببعض الثوب بعد النسيج ، فإنه لا يصح ذلك كله بل للعامل أجرة مثل عمله ، ووجه الفساد في ذلك الجهالة بقدر الأجرة ولعدم القدرة على تسليمها في الحال .

والضابط في ذلك أن لا تكون الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير فينتفع بعمله من الطحن والنسج والجداد والدياس ونحو ذلك فيكون عاملاً لنفسه ، وقد روي أن النبي ﷺ نهى عن قفيز الطمخان وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ، وهذا أصل كبير يُعترف به فساد كثير من الإجازات ، والمعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو أن المؤجر عاجز عن تسليم الأجرة للأجير ، وهي بعض المطحون أو المنسوج أو المحمول أو المجدود أو العصير ، فإذا ثبت فساد العقد كان للأجير أجرٌ مثله . وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر ، فإنه يصح ؛ لأن المؤجر ملئ الأجير الأجرة في الحالة بالتعجيل ، وذلك قول الحنفية والشافعية والحنابلة (2) .

الركن الرابع : المنفعة .

وهي العقود عليه ، ويُشترط لذلك جملة شروط هي :

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 340) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 584 ، 590) ومنه المحتاج (ج 2 ص 335) والمنهني (ج 5 ص 441 ، 442) والبدائع

(ج 4 ص 192) ونتائج الأنكار ومع شرح العناية للبارقي (ج 9 ص 108 ، 109) .

الشرط الأول : أن تكون المنفعة متقومة فتكون بذلك مقصودة بحزوت العادة باستيفائها بعقد الإجارة ويجري التعامل بها بين الناس ؛ لأن ذلك عقد قد شُرِعَ لحاجة الناس في التعامل . أما ما لا حاجة لهم للتعامل فيه فلا يجوز استعجاره ، وذلك موضع تفصيل للعلماء ، والضابط في ذلك أن تكون المنفعة لها قيمة بحيث يحسن بذل المال في مقابلتها كاستعجار الدار للسكنى .

أما إذا لم تكن المنفعة مقصودة وليس لها قيمة ؛ إما لحرمتها أو لخساستها أو قلتها - فإن بذل المال في مقابلتها ضرب من السّفَقِ والتبذير ، وعلى هذا لا يصلح استعجار تفاحة للشّم ؛ لأنها تافهة ولا تقصد ، فهي كحبة بُزٍّ في البيع لا تباع لتفاهتها ، أما التفاح الكثير فتصح إجارته ؛ لتحقيق الاستفادة بالشّم وهي مقصودة . وهو قول الشافعية ، خلافاً للحنفية ؛ إذ قالوا بعدم الجواز ؛ لانتفاء المنفعة المقصودة . وكذا استعجار المسك والرياحين للشّم ، يصح عند الشافعية خلافاً للحنفية والحنابلة لما بيناه آنفاً .

ويصح استعجار الطاووس والبيغاء والتدليب للاستئناس باللون أو الصوت . وكذا استعجار الفيل للحمل أو الركوب ، والفهد والبازي للأصطياد ، والهرة لدفع الفأرة ^(١) . ولو استأجر شجرة للاستظلال بظلها أو الربط بها أو لتجفيف الثياب عليها جاز . وهو قول الحنابلة والشافعية في أحد قوليهما ؛ لأن هذه منفعة مقصودة تقوم ^(٢) ، خلافاً للحنفية ؛ إذ لم يجوزوا ذلك ؛ لأنها منفعة غير مقصودة ولا متقومة . وهو قول الشافعية في الراجح من مذهبيه ^(٣) .

ولا يجوز استعجار الدراهم والدنانير لتزيين الحانوت أو المكان ، وهو قول الحنفية والشافعية في الراجح من مذهبيه ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تقصد للجمال والتزيين ^(٤) وذهبت الحنابلة إلى الجواز ، وهو القول الثاني للشافعية ، ووجه قولهم : أن الدراهم والدنانير أعياناً أمكن الانتفاع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء أعيانها فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ، فإن الله تعالى اثّنَ بها علينا بقوله تعالى :

(١) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٣٥) والأنوار (ج ١ ص ٥٩١) والبدائع (ج ٤ ص ١٧١) والمغني (ج ٥ ص ٥٤٩) .

(٢) الأنوار (ج ١ ص ٥٩١) والمهذب (ج ١ ص ٣٩٤) والمغني (ج ٥ ص ٥٤٨) .

(٣) البدائع (ج ٤ ص ١٩٢) والمهذب (ج ١ ص ٣٩٤) .

(٤) البدائع (ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٣٥) والمهذب (ج ١ ص ٣٩٤) .

﴿لِتَرْكُوبَهَا وَزِينَةً﴾⁽¹⁾ وقال تعالى : ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾⁽²⁾ .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن عقد الإجارة استيفاء عين قصدًا . وذلك كاستئجار البستان للثمار واستئجار الحيوان للبن أو الضراب أو الصوف ، فإن ذلك لا يصح ؛ لأن هذه الأعيان لا تملك بعقد الإجارة قصدًا ، وجملة ذلك : أن الأعيان لا تُستحق بعقد الإجارة ، ووجه ذلك أصلاً : أن المعقود عليه في الإجارة هي المنافع دون الأعيان ، ولأن الأجرة في مقابلة المنفعة ، ولهذا تُضمّن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه ، وإنما أُضيف العقد إلى العين ؛ لأنها محل المنفعة ومنشؤها مثلما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمار .

وذلك بخلاف ما إذا تضمن العقد استيفاء هذه الأعيان تبعاً للضرورة أو الحاجة كاستئجار المرأة لإرضاع الولد وحضائته ؛ وذلك للحاجة إليهما (الرضاع والحضانة) فالحضانة نوع خدمة والحاجة داعية إليها . وأما الإرضاع فلقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾⁽³⁾ وكذا يصح استئجار القناة للزراعة بمائها الجاري إليها من النهر للحاجة ، وكذا يصح استئجار البئر للاستقاء من مائها للحاجة أيضًا . وذلك الذي عليه الجمهور⁽⁴⁾ .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مقدورة التسليم جسماً ، والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصلي وملك المنفعة ، وعلى هذا فإنه لا يصح استئجار أبي أو مفصوب لغير من هما في يده ومن لا يُقدر على انتزاع المفصوب عقيب العقد ، أما الفاصب أو القادر على انتزاع المفصوب عقيب العقد أو من وقع الآبق في يده فيصح الاستئجار منه .

وكذلك لا يصح استئجار أعمى إجارة عين للحفاظ فيما يحتاج للنظر ، ولا أخرس فيما يحتاج للتعليم ، أما لو استأجر واحداً منهما لحفظ شيء بيده أو جلوسه خلف باب للحراسة لئلا فإنه يصح ، ويخرج إجارة العين إجارة الذمة فيصح ذلك من الأعمى والأخرس مطلقاً ؛ لأن إجارة الذمة متلّم ، وعلى المتلّم إليه تحصيل المسلم فيه بأي طريق كان . ولا يصح كذلك استئجار غير القارئ لتعليم القرآن في إجارة العين حتى لو اتسعت المدة ليتلقه قبل تعليمه ؛ لأن المنفعة مستحقة من عينه ، والعين لا تقبل التأجيل

(1) سورة النحل الآية (١١) .

(2) المغني (ج ٥ ص ١٩١) والمهذب (ج ١ ص ٦٩٤) والأنوار (ج ١ ص ٥٩١) . والآية من سورة الأعراف

الآية (٣٢) . (3) سورة الطلاق الآية (٦) .

(4) المغني (ج ٥ ص ٤٣٤ ، ٤٣٥) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥) والأنوار (ج ١ ص ٥٩٢) .

بخلافها في إجارة الذمة ؛ لأنها سَلَّم في المنافع .

ولا يصح كذلك استعجار أرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ولا ما في معناه كالثلج أو النداء ، أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة ، للقدرة على التسليم ، وبذلك فإنه يجوز استعجار أرض للزراعة إن كان لها ماء دائم من عين أو بحر أو نهر ولو كان صغيراً ، وكذا يجوز إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلج المجتمعة والغالب حصولها .

وكذلك لا يجوز استعجار الفحل للضراب ولا الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد ؛ لأن المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة التسليم أو الاستيفاء ؛ إذ لا يمكن إيجار الفحل على الضراب والإنزال ولا إيجار الكلب والبازي على الصيد ، فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة التسليم في حق المستأجر ، فلا تجوز ⁽¹⁾ .

الشرط الرابع : أن تكون المنفعة مقدورة التسليم شرعاً ، وبهذا لا يصح الاستعجار على المعاصي ؛ لأن ذلك استعجار على منفعة غير مقدورة شرعاً ، كاستعجار الإنسان للعب واللهو واستعجار المغنية والنائحة للغناء والتؤج . وكذا لو استأجر رجلاً ليقتل له رجلاً بغير حق أو ليسجنه أو يضربه ظلماً ، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة ؛ لأنه استعجار لفعل المعصية ، فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم شرعاً ، وكذلك لا يصح استعجار لقلم سبّ صحيحة ؛ لحرمة قلمها ، وفي معناها كل عضو سليم من آدمي وغيره في غير قصاص ، أما المستحق قلمها في قصاص فيجوز الاستعجار لقلمها ؛ لأن الاستعجار في القصاص واستيفاء الحدود جائز .

وكذلك لا يصلح استعجار امرأة مسلمة حائض أو نكثاء إجارة عين لخدمة في مسجد وإن أمنت التلويث ، ولو استأجر امرأة مسلمة لكنس مسجد فحاضت أو نكثت ؛ انفسخت الإجارة ، فلو دخلت وكنت فقد عصت ولم تستحق أجرة .

وفي معنى خدمة المسجد تعليم القرآن ؛ فإنه لا يصح من الحائض والنفساء . أما إجارة من ذكر في الذمة فإنه يصح ، وكذا لا يصح استعجار لتعليم التوراة والإنجيل والسحر والفحش والتبجيم والرقول ، ولا لختان الصغير الذي لا يحتمل ولا لختان الكبير في شدة

(1) مغي المحتاج (ج 2 ص 336) والأنوار (ج 1 ص 592) والبدائع (ج 4 ص 187 - 189) وأسهل المدارك

(ج 2 ص 329 ، 330) .

الحر والبرد ؛ لمظنة الهلكة ، ولا لنقل الخمر من موضع إلى موضع ، ولا للتصوير ، وكذا سائر المعاصي كالاستئجار للزنا أو استئجار المرأة لخدمة الرجل فتكون معه في خلوة .

أما الاستئجار لإتلاف المحرمات أو إزالة النجاسات فجائز ، وذلك كحمل الخمر لإراققتها أو نقل الميتة والحيتف والنجاسات إلى المزابل ؛ لأن في ذلك رفقا لأذيتها عن الناس ، فلو لم تجز لتضرر بها الناس ، ومثلما يحرم أخذ الأجرة على المعصية فإنه يحرم إعطاؤها أيضا إلا لضرورة ، وذلك كفك الأسير وإعطاء الشاعر : لئلا يهجو ، وكذا إعطاء الظالم لدفع ظلمه ، والجائز ليحكم بالحق ، فيجوز إعطاؤها لهم من باب الضرورة .

وكذلك لا يجوز للرجل أن يؤجر داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة ، أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار (كالمقامي في زماننا) . وذلك الذي عليه سائر العلماء ؛ لأن ذلك فعل محرّم فلم تجز الإجارة عليه ⁽¹⁾ .

وكذلك لا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته ، وهو قول الحنابلة والشافعية في أحد قوليهما ؛ لأن هذا العقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه مدة الإجارة ، وفي ذلك من الإذلال للمسلم والزّيادة به ما لا يخفى فلا يجوز مثل هذا العقد ⁽²⁾ .

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأصل في المسألة الجواز ؛ لأن ذلك عقد معاوضة فيجوز كالبيع ، لكن ذلك مكروه ديانة ؛ لأن استخدام المسلم من قِبل الكافر إذلال له فليس للمسلم أن يذل نفسه بخدمة الكافر ⁽³⁾ .

أما لو أجرة نفسه لغير المسلم في عمل شيء معين في الذمة كخطاطة ثوب أو بناء بيت أو عمل مكتب أو طلاء دار أو نحو ذلك مما ليس فيه استخدام وحبس وإذلال ؛ فإنه يجوز . وهو ما لا خلاف فيه . فقد ذكر أن عليا (رضي الله عنه) أجرة نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرّة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره ⁽⁴⁾ .

ويجوز استئجار المصحف والكتب للقراءة والمطالعة ؛ لأن ذلك انتفاع مباح فتجوز الإجارة من أجله كسائر المنافع . وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية في الظاهر من مذهبهم ⁽⁵⁾ .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 337 ، 338) والبدائع (ج 4 ص 189) والأنوار (ج 1 ص 594) والمغني (ج 5 ص 550 - 554) .
(2) المغني (ج 5 ص 554) والمهذب (ج 1 ص 395) .

(3) البدائع (ج 4 ص 189) وأسهل المدارك (ج 2 ص 342) .

(4) المغني (ج 5 ص 554) والمهذب (ج 1 ص 395) .

(5) الأنوار (ج 1 ص 603) والمغني (ج 5 ص 553) ومغني المحتاج (ج 2 ص 341) .

الشرط الخامس : أن تكون المنفعة معلومة . وذلك بالعين والصفة والقدر ؛ لأن الجهالة في شيء من ذلك تفضي إلى المنازعة ، وهذه تمنع صحة العقد .

والعين هي محل المنفعة فلا يصح العقد بجهالتها . فلو قال : أجزرتك إحدى هاتين الدائرتين ، أو أحد هذين المركبين ، أو قال : استأجرت أحد هذين الصانعين ؛ لم يصح العقد ؛ لأن المعقود عليه (المنفعة) مجهول جهالة مُفْضِيَةٌ إلى المنازعة مما يمنع صحة العقد .

وكذلك الصفة يجب أن تكون معلومة لصحة العقد ، وعلى هذا فإن إجارة الأعيان الغائبة باطلة للجهالة ، وكذا الأرض المزروعة لا يصح إيجارتها ؛ لأن الزرع يمنع الرؤية إلا إذ سبقت رؤية معتبرة للأرض .

وكذلك القدر ، يُشترط العلم به ، وإلا أحاطت بالمنفعة جهالة مفضية للفساد (1) .

تقدير المنفعة

وتُقَدَّر المنافع بالزمان أو بمحل العمل ، ولا يجوز الجمع بينهما ، فلو قال المستأجر للأجير : استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في هذا اليوم أو يياض النهار ؛ بطلت الإجارة للغرر ؛ إذ قد يتقدم العمل على تمام اليوم وقد يتأخر عنه .

على أن المنفعة تُقَدَّر تارة بالزمان فقط ، فإذا وقعت الإجارة على مدة وجب أن تكون معلومة كشهر أو سنة أو نحو ذلك ولا خلاف في هذا ؛ لأن المدة هي الضابط للمعقود عليه والمعرفة له ، فوجب بذلك أن تكون الإجارة معلومة كتحدد المكيلات فيما يباع بالكيل ، وعلى هذا فإنه يتعين الزمان في إجارة العقارات وفي الإرضاع وفي كل ما ينضبط العمل فيه كسقي الأرض وسكنى الدار ، فلو قال المؤجر : أجزرتك هذه الدار للسكنى سنة ؛ جاز ؛ لمعرفة المدة ، فإن قال : على أن تسكنها ؛ لم يصح ؛ للجهالة المدة . ولو أجره شهراً وأطلق ذلك وجعل ابتداء المدة من حين العقد ؛ جاز ؛ لأنه المفهوم المتعارف . ولو قال : أجزرتك شهراً من هذه السنة ؛ لم يصح للإبهام إلا إذا لم يَتَقَيَّ فيها غير شهر . ولو قال : أجزرتك من هذه السنة كل شهر بدرهم ، أو قال : أجزرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم ؛ لم يصح ؛ لأنه لم يُعَيَّن المدة في السنة . أما لو قال : أجزرتك هذه السنة كل شهر بدرهم ؛ صح ؛ لأنه قد بين المدة ؛ إذ أضاف الإجارة إلى جميع السنة .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 340) والأنوار (ج 1 ص 596) والبدائع (ج 4 ص 180) وأسهل المدارك (ج 2 ص 321) .

ولو قدر المدة بسنة مطلقة : حُمِلَ ذلك على سنة الأهلة ؛ لأنها المعهودة في الشرع ، فقد قال الله تعالى : ﴿ يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْأَهْلَةِ قُلْ مِنْ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَكِّ ﴾ (1) فوجب أن يُحمل عقد الإجارة من حيث المدة عليه ، فإن شرط في العقد هلالية كان ذلك تأكيداً ، وإن قال : عددية أو سنة بالأيام ، كان له ثلاثمائة وستون يوماً ؛ لأن الشهر العددي ثلاثون يوماً ، وإن جعل العاقدان المدة سنة رومية (غير هلالية) : جاز ، وكان للمستأجر بذلك ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً لأن الشهور الرومية منها سبعة أشهر كل شهر منها فيه واحد وثلاثون يوماً ، وأربعة أشهر في كل واحد منها ثلاثون يوماً ، وشهر واحد فيه ثمانية وعشرون يوماً ، وإن كان أحد العاقدين يجهل ذلك : لم يصح العقد ؛ لأن المدة في حقه مجهولة (2) .

ولا يُشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد بل لو أجزه سنة خمس وهما في سنة ثلاث ، أو أجزه شهر رجب وهما في المحرم : صح ذلك . وهو قول الحنابلة ، ووجه قولهم : أن مدة الإجارة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد ، وإنما يُشترط في ذلك القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه ولا يُشترط وجود التسليم ولا القدرة عليه حال العقد (3) .

وذهبت الشافعية والحنفية في ظاهر مذهبه إلى أنه يشترط في مدة الإجارة أن تتصل بعقد الإجارة ، وعلى هذا يتعين الزمان الذي يفتقَّب العقد لثبوت حكمه ، ويتعين ذلك بالنص عند الشافعية (4) .

تقدير مدة الإجارة

ذهب أكثر أهل العلم إلى أن أكثر مدة الإجارة لا تتقدر ، بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها هذه العين سواء قصُرت المدة أو طالَّت ، من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر ، وعلى هذا فإنه لا يفسد بعقد الإجارة طول المدة .

واحتجوا لذلك بقوله تعالى إخباراً عن شعيب (عليه السلام) : ﴿ عَلَّقَ أَنْ تَأْجُرَنِي

(1) سورة البقرة الآية (189) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 330 ، 340) والمغني (ج 5 ص 435) والأنوار (ج 1 ص 596 - 598) والبدائع

(ج 5 ص 181) وأسهل المدارك (ج 2 ص 122) .

(3) المغني (ج 5 ص 436) .

(4) البدائع (ج 4 ص 181) ومغني المحتاج (ج 2 ص 340) .

ثُمَّ نَبَيَ جِجَعٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ ﴿١﴾ وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينم على نسخه دليل . ومن جهة أخرى فقد قاسوا على العقود الأخرى من حيث عدم تقدير للمدة فيها فقالوا : ما جاز العقد عليه في الإجارة سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة ، والتقدير بمدة معينة تحكّم من غير دليل (٢) .

أما الشافعية فلمهم في تقدير مدة الإجارة ثلاثة أقوال :

أولها : لا ضبط لمدة الإجارة ولا تقدير بسنة أو ثلث أو ثلاثين ، بل يجوز سنين كثيرة لكن بشرط أن لا يزيد على مدة بقاء ذلك الشيء غالبا ، وعلى هذا لا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، ولا تؤجر الدابة أكثر من عشر سنوات ، ولا يؤجر الثوب أكثر من سنة أو ستين على ما يليق به ، وكذلك لا تؤجر الأرض أكثر من مائة سنة أو أكثر . وجملة ذلك : أنه يصح عقد الإجارة مدة معلومة تبقى فيها العين المؤجرة غالبا ؛ لإمكان استيفاء العقود عليه ، والمرجع في تقدير المدة إلى أهل الخبرة ؛ إذ لا توقيف في ذلك .

ثانيها : لا تجوز الزيادة في مدة الإجارة على سنة واحدة ، وذلك لاندفاع الحاجة إلى الإجارة بهذه المدة .

ثالثها : لا تجوز الزيادة على ثلاثين سنة ؛ لأن هذه المدة هي نصف العمر الغالب (٣) .

تقدير المنفعة بالعمل : تارة تقدر المنفعة بالعمل من غير مدة ، وذلك كما لو أجرة دابة معينة أو موصوفة للركوب إلى مكة أو غيرها من البلدان ، أو خياطة هذا الثوب (المعين) ، فإن مثل هذه الإجازات صحيحة لأنها معلومة في نفسها فلم تفتقر إلى تقدير المدة ، على أنه يجوز تقدير ذلك بالزمان أيضا ، فيقول : أأجرني هذه الدابة لأركبها إلى موضع كذا أو لأركبها شهرا ، أو أأجرني نفسك ؛ لتحفظ لي هذا المتاع أو تخيط لي شهرا (٤) .

ضروب المنفعة

المنافع من حيث تقديرها ثلاثة أضرب :

الضرب الأول : ما لا تقدر فيه المنفعة إلا بالمدة ، وذلك كالعقار والرضاع والتعطيل

(١) سورة القصص الآية (٢٧) .

(٢) المغني (ج ٥ ص ٤٣٧) والبدائع (ج ٤ ص ١٨١) وأسهل المدارك (ج ٢ ص ٣٢٦) .

(٣) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٤٩) والأنوار (ج ١ ص ٦٠٠) وحاشيتا القليوبي وعسيرة (ج ٣ ص ٨٠) .

(٤) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٤٠) والمغني (ج ٥ ص ٤٣٨) .

والتجسيص ونحو ذلك مما لا يتقدر إلا بالمدة ؛ لأن ذلك إنما ينضبط بالزمان وليس بالرقعة أو الشخانة أو الأحجام أو نحو ذلك .

الضرب الثاني : ما لا تقدر فيه المنفعة إلا بالعمل ، كبناء حائط أو خياطة قميص أو الحمل من موضع إلى موضع معين ، وكذا ما لو استأجره لبيع ثوب أو للحج أو قبض شيء من فلان ؛ فلا يشترط في مثل ذلك زمان ، بل إن ذلك يقدر فيه تحصيل العمل .

الضرب الثالث : وهو ما يجوز فيه الضربان السابقان معاً ، وهما الزمان والعمل ، وذلك كالخياطة وإجارة الدابة وغيرها من المراكب والحافلات البرية أو المائية أو الجوية ، فإن المنافع في أمثال ذلك تقدر إما بالمدة أو بالعمل أو بالاثنتين معاً .

على أنه يجوز تقدير المنفعة بالزمان والعمل معاً في إجارة العين كما لو استأجر عين شخص أو دابة للعمل شهراً أو للتردد عليها يوماً أو شهراً أو إلى موضع معلوم فأيهما قدر جاز ، أما إذا استأجر لعمل في الدمة : لم يصح من غير تعيين . فلو قال : أئزمت ذمتك الخياطة يوماً أو شهراً : لم يصح ؛ لأنه لم يعين عاملاً يخطط ولا محلاً للخياطة ، بل يشترط في ذلك أن يبين الثوب وما يريد به من قميص أو غيره ، وأن يبين الطول والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة أي عريية أو أفرنجية أو غير ذلك ؛ إلا أن تجرى عادة بنوع معين معروف فيحمل عليه المطلق ⁽¹⁾ .

تعليم القرآن

ويقدر تعليم القرآن بمدة كشهري ، وذلك كما لو استأجر خياطاً ليخطط له شهراً ، وقيل : لا يجوز ؛ لتفاوت الشؤر والآيات في سهولة الحفظ وصعوبته ، والصواب جوازه . ويقدر كذلك بتعيين سورة أو سور أو آيات من سورة كذا من أولها أو آخرها ، على أنه لا يشترط لتعليم القرآن أن يُعين قراءة نافع أو ابن كثير أو غيرهما بل يُعلمه ما شاء من القراءات . وقال الماوردي : يعلمه الأغلب من قراءة البلد .

ويصح الاستئجار لقراءة القرآن على القبر مدة معلومة . سواء عقب القراءة بالدعاء أو لم يعقب ، والميت في ذلك كالحي من حيث الانتفاع بحصول البركة ونزول الرحمة .

(1) مفني المحتاج (ج 2 ص 340) والأنوار (ج 1 ص 596 - 598) والمفني (ج 5 ص 438) وأسهل المدارك (ج 2 ص 322 ، 323) .

وقد ذهب إلى ذلك الشافعية والمالكية ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنفية والحنابلة إلى عدم جواز الأجرة على تعليم القرآن ، وهو قول عطاء والضحاك ابن قيس ، وكرهه الزهري والحسن وابن سيرين وطاووس والشعبي والنخعي ، والوجه في عدم الجواز أن ذلك استعجاز لعمل مفروض فلا يجوز ، وهو ما نعرض له في الفقرة التالية .

الشرط السادس : أن لا يكون العمل المؤجر له في الطاعات . وللمعلماء في ذلك تفصيل ؛ فقد ذهبت الحنفية والحنابلة إلى أنه يشترط في العمل المستأجر له أن لا يكون فرضاً ولا واجباً على الأجير ، فإن كان فرضاً أو واجباً عليه : لم تصح الإجارة ؛ لأن من أتى بعمل يجب عليه لا يستحق الأجرة كمن قضى ذنباً عليه فلا أجرة له على ذلك .

ولهذا فإن الثواب على العبادات والقرب والطاعات فضلٌ من الله سبحانه وتعالى غير مستحق عليه ؛ لأنها تجب على العبد بحق العبودية لمولاه ؛ لأن خدمة المولى على العبد واجبة ، وبحق الشكر للنعم ؛ فإن شكر النعمة واجبٌ عقلاً وشرعاً ، ومن قضى حقاً واجباً عليه لغيره لا يستحق من أجله الأجر - كمن قضى ذنباً عليه .

وعلى هذا فإنه لا يصح الاستعجاز على الصوم والصلاة والحج ؛ لأن ذلك من فروض الأعيان ، وهو قول الشافعية والمالكية في الجملة . وكذا لا يصح الاستعجاز على تعليم العلم ؛ لأنه فرضٌ عين . وكذا تعليم القرآن لا يصح الاستعجاز عليه ؛ لأنه استعجاز لعمل مفروض فلا يجوز كالأستعجاز للصوم والصلاة .

ولا يصح الاستعجاز على الأذان والإقامة والإمامة ؛ لأنها واجبة ، وكذلك لا يصح الاستعجاز على الجهاد ؛ لأنه فرضٌ عين عند عموم الثغير ، وفرضٌ كفاية في غير تلك الحال ، واستدلوا على ذلك بجملة أخبار منها : ما أخرجه البيهقي عن عباد بن الصامت قال : عَلِمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْكِتَابِ وَالْقُرْآنِ فَأَهْدَى إِلَيَّ رَجُلًا مِنْهُمْ قَوْسًا ، فَقُلْتُ : لَيْسَتْ بِمَالٍ وَأُرْمِي عَنْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، لَا تَبِيتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَلَأَسْأَلَهُ ، فَأَتَيْتُهُ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَهْدَى رَجُلًا إِلَيَّ قَوْسًا مِنْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْكِتَابَ وَالْقُرْآنَ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ وَأُرْمِي عَنْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، قَالَ : « إِنْ كُنْتُ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ بِطَوَّقٍ مِنْ نَارٍ فَأَقْبِلْهَا » ⁽²⁾ .

وأخرج البيهقي عن أبي بن كعب أنه علم رجلاً القرآن ، فأثنى اليمن فأهدى له قوساً

(1) مفتي المحتاج (ج 2 ص 341) والأنوار (ج 1 ص 597) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 265) .

(2) البيهقي (ج 6 ص 125) .

فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : « إن أخذتها فخذ بها قوشاً من النار » (1) .
وأخرج البيهقي كذلك عن أبي الدرداء أن رسول الله ﷺ قال : « من أخذ قوشاً على تعليم القرآن قلّذه الله قوشاً من نار » (2) .

ومن الاستدلال بالنظر قالوا : إن الاستعجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتغيير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعلم القرآن والعلم ، لأن ثقل الأجر يمنعهم عن ذلك ، وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ أَمْ تَتْلُوهُمْ أُجْرًا فَمِنْ بَيْنِ تَقْرِيرٍ مُتَقَلَّبٍ ﴾ (3) فيؤدي ذلك إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز (4) .

وأحسب أن استدلالهم بالنظر هذا لا يطرد إذا أدركنا أن الأجرة عن تعليم القرآن والأذان والإقامة والإمامة في الصلوات لا يُكَلَّفُ بها المصلون أو المؤتمنون أو القارئون للقرآن ، بل يضطلع بذلك الحاكم ، إذ يُجْعَلُ لمثل هذه القضايا دائرة من دوائر الدولة أو وزارة من وزاراتها تُغْنِي بشؤون العبادات من أذان وإمامة وجهاد وغير ذلك .

أما الشافعية فلهم في ذلك تفصيل ، إذ قالوا : القُرْبُ قسمان :

القسم الأول : ما يحتاج من القرب والطاعات إلى نية كالعبادات ، فلا تصح فيه الإجارة ، وذلك كالصلاة والصوم ، إذ القصد من هذه امتحان المكلف بكسر نفسه بفعلها ولا يقوم الأجير مقامه في ذلك .

وتصح الإجارة في قُرب الحج أو العمرة عن ميت أو عاجز ، وكذا عن تفرقة زكاة أو صوم عن ميت وذبح هدي وأضحية ونحو ذلك . والضابط في ذلك : أن كل ما تدخله النيابة من العبادة يجوز الاستعجار عليه ، وما لا تدخله النيابة من العبادة لا يجوز الاستعجار عليه .

القسم الثاني : ما لا يحتاج إلى نية . وهو فرض الكفاية ، وهو قسمان أيضاً :
أولهما : أن يكون شائعاً في الأصل ، فلا تصح فيه الإجارة ، وبذلك لا تصح إجارة مسلم للجهاد ، لأنه يقع عنه ، ولأنه إذا حضر الصف تبعي عليه الجهاد .

ثانيهما : أن يكون غير شائع في الأصل ، فتصح فيه الإجارة ، وذلك كتجهيز الميت وغسله وتكفينه ودفنه ، وتعليم القرآن أو بعضه ، وذلك مما هو فرض كفاية وليس بشائع في الأصل .

(1) سورة الطور الآية (40) .

(2 ، 1) البيهقي (ج 1 ، ص 126) .

(4) البدائع (ج 4 ص 191) والمغني (ج 9 ص 555 - 557) ونفائج الأنكار (ج 9 ص 97 ، 98) .

والمراد بالشائع في الأصل أن الأجير غير مقصود بالفعل بل يلزم ذلك غير الأجير ، كتهجير الميت ؛ فإنه لا يلزم من يقوم بعملية التهجير أصلاً وهو الأجير ، بل إن تهجيره يختص بالثَّيْرَكة ثم بمال من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن فعلى أغنياء المسلمين القيام بها . وكذا تعليم القرآن فإنه يختص بمال المتعلم ثم بمال من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن فعلى أغنياء المسلمين القيام بها . أما غير الشائع في الأصل فهو أن يكون الأجير فيه مقصوداً بالفعل كالجهاد ، فإن المسلم إذا حضر الصف حين القتال بات الجهاد في حقه متعيناً .

وجملة ذلك : أن فرض الكفاية غير الشائع في الأصل تصح فيه الإجارة كتعليم القرآن ونحوه مما بيناه ، واحتجوا من السنة على جواز ذلك بما رواه الخمسة عن ابن عباس (رضي الله عنهما) عن النبي ﷺ قال : « أُحِقُّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله تعالى » (1) .

واحتجوا على جواز الأجرة على فرض الكفاية أيضاً بمعامل الصدقة ؛ فهو له نصيب من الصدقة على عمله وهذه أجرة .

ولا يصح الاستحجار للإمامة ولو نافلة كالتراويح ؛ لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحضل للمستأجر بل تحصل للأجير (2) .

أما المالكية ، فقد اشترطوا أن لا تكون المنفعة متعينة ، فإن كانت متعينة فلا تصح الأجرة عليها سواء كانت مفروضة أو مندوبة .

وعلى هذا لا يجوز أخذ أجرة على صلاة متعينة كصلاة الصبح مثلاً ، وكذا سائر المندوبات من الصلاة والصوم ، أما المندوبات من غيرهما كالذكر والقراءة ؛ فإنه تجوز الإجارة عليها .

وتجوز الإجارة على الإمامة مع الأذان والقيام بالمسجد وليس على الصلاة بانفرادها ، أي أنه إن كان إماماً في مسجد أو مكان مخصوص فيجوز له أخذ الأجرة .

أما حقل الميت ودفنه فلا يجوز فيه أخذ الأجرة إن تعين ذلك على الحامل أو الدافن ، وكذا فتوى تمينت على عالم فلا تجوز له الأجرة أيضاً ، ويجوز للمفتي إن لم يكن له رزق من بيت المال . وتصح الأجرة للمنشد الذين يقولون القصائد النبوية والكلام المشتمل على المعارف (3) .

(1) انظر التاج الجامع للأصول (ج 2 ص 219) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 344) والأنوار (ج 1 ص 596) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 322) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 265) .

بيان ما يُستأجر له

هل يُشترط فيما يُستأجر من دُورٍ وأراضٍ وأدوات وحافلات ودوابٍ وغير ذلك أن يبين ما يُستأجر له حين العقد أم لا يُشترط ذلك ؟ للعلماء في ذلك تفصيل :

فقد ذهب عامة العلماء إلى أن ذلك ليس بشرط ، وعلى هذا لو استأجر شيئاً مما ذكرناه ولم يُبين ما يعمل فيه : جاز ؛ فلو استأجر داراً فله أن يسكن فيها نفسه أو مع غيره ، وله أن يسكن غيره فيها بالإجارة والإعارة ، وله أن يضع فيه متاعاً وغيره ، لكنه ليس له أن يجعل فيه خذاً أو قَصْباً أو طحناً ولا نحو ذلك مما يضر بالبناء ويؤثره ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الإجارة شُرعت للانتفاع ، والدورُ والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ، ومنافع العقار المدة للسكنى متقاربة ؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومةً من غير تبين . وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقتلهم إلا تفاوتاً يسيراً وهو ما جرت فيه العادة من غير تسمية في العقد .

وإنما لم يكن له أن يجعل في العقار من يضر به ويؤثره كالقَصْبِ والخذاد والطحان ؛ لما في ذلك من إتلاف للعين وإن ذلك لم يدخل تحت العقد ؛ فإن الإجارة بيع المنفعة وليس بيع العين ، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد ، والظاهر أن الحانوت الذي يكون في صف البرازين أنه لا يُؤاجر لعمل الخدّاد أو القَصْبِ أو الطحان فلا ينصرف إليه مطلق العقد ؛ إذ المطلق محمولٌ على العادة الجارية فلا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو بالرضا .

أما في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تُستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فإن لم يُبين كانت الإجارة فاسدة إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء ؛ وذلك لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة . وكذا المزروع فإنه يختلف ، فمنه ما يُقصد الأرض ومنه ما يصلحها ، فكان المقود عليه مجهولاً جهالةً تُقضي إلى المنازعة فلا بد من البيان ، وذلك بخلاف السكنى ؛ فإنها لا تختلف .

وكذلك إجارة الدواب أو المراكب والحافلات ؛ فإنه يجب فيها بيان أحد الشئيين وهما : المدة ، أو المكان ، فإذا لم يُبين أحدهما فسدت الإجارة ، لأن ترك البيان يُقضي إلى المنازعة .

وفي استئجار الرجل للخدمة ، والثوب لللبس ، والقدر للطبخ ؛ لا بد من بيان المدة بغير خلاف ، وكذا بيان نوع الخدمة أو الاستعمال وهو قول الشافعية بالاتفاق في المذهب ، وهو كذلك قول الحنفية قياساً ؛ لأن الخدمة تختلف فكانت مجهولة . وفي الاستحسان

لا يشترط بيان نوع الخدمة أو الاستعمال ؛ فإن ذلك ينصرف إلى المتعارف بين الناس ، ومحصلة ذلك أن يتفق الوجهان في المقصود وهو بيان ما يُلتبس وما يُطَيَّب في القدر أو نوع الخدمة أو الاستعمال ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الكيفية في الاستعمال ، فلا بد من البيان سواء بالنص صراحة أو بدلالة الغرض ؛ ليصير المعقود عليه معلوماً .

ويخرج عن ذلك أمثلة كثيرة ، منها : ما لو استأجر ظهراً الحمل متاع ؛ فلا يصح حتى يُعرف جنس المتاع أنه حديدٌ أو قُطْرٌ أو غير ذلك من أصناف المواد المحمولة ؛ فإن ذلك يختلف على الدابة أو الحافلة ، فلا بد من بيانه ؛ لأنه أبعد من الغرر ، فإن عُرفَ بالمشاهدة جاز .

ولو استأجر ظهراً للتحريث ؛ لم يصح حتى يعرف الأرض من حيث نوعها وطبيعتها ؛ لأن ذلك يختلف بصلافة الأرض وليونتها .

وكذلك لو استأجر ظهراً للذئاس ؛ لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يُذاس ؛ لأن العمل يختلف باختلاف ذلك .

وكذلك لو استأجر جارحة للصيد ؛ لم يصح حتى يعرف صنف ما يرسله عليه من الصيد ؛ لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في إعتاب الجارحة .

ولو استأجر امرأة للرضاع ؛ لم يصح حتى يعرف الصبي الذي عقد على إرضاعه ؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف الرضيع .

ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً أو نهراً ؛ لم يصح العقد حتى يعرف الأرض من حيث طولها وعرضها وعمقها ؛ فإن الغرض يختلف باختلاف ذلك .

ولو استأجر لبناء حائط ؛ لم يصح العقد حتى يبين الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين ؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف ذلك .

ولو استأجر رجلاً ليرعى له مدة ؛ لم يصح حتى يبين له جنس الحيوان ؛ لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً في إعتاب الراعي .

ولو استأجر دابة أو سافلة من الحافلات ليركبها في طريق ؛ لم يركبها في طريق خشن ولا بعيد ولا مخوف ، وإلا فيضمن ، بل له ركوبها في طريق عادي سهل ⁽¹⁾ .

(1) البدائع (ج 4 ص 182 - 184) وأسهل المدارك (ج 2 ص 322 - 324) والأنوار (ج 1 ص 609) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 276) والمهذب (ج 1 ص 397 - 399) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 118 ، 119) والمغني (ج 5 ص 461 ، 462) .

المستأجر مستأجر

العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ، فإن تَلَفَتْ بغير تقصير لم يضمنها ، والمعتبر للضمان حصول التقصير فقط ، وأما تلف أو تعذر لا يلزمه به الرد أو المئونة ، بل عليه أن يخلي بين العين المؤجرة والمالك (المؤجر) إذا طلبها ، ولو شَرَطَ المؤجر على المستأجر ضمان العين كان الشرط فاسداً ؛ لأنه يتنافى مقتضى العقد ، وهو قول الحنابلة ، وقالت الشافعية بفساد العقد كله .

ويتخرج عن ذلك جملة أحكام ، منها : ما لو عُصِبَت الدابة المستأجرة وهي مع دواب الوفقة ، فذهب بعضهم في الطلب ولم يذهب المستأجر ؛ فإنه يضمن ؛ لتفريطه وتقصيره ، ولو أمكنه المدافعة حال الغصب بلا خطر ولم يدافع ؛ فإنه يضمن أيضاً ؛ لتقصيره ولا يلزم المؤجر أن يدافع عن المستأجر في حال النهب أو الحرق أو غيرهما من الجوائح .

ولو وقعت الدار على متاع المستأجر فلا شيء على المؤجر ولا مؤنة تخليصه .

ولو ربط المستأجر العين المستأجرة في الإصطبل ، أو أوقف الحافلة في موضعها من مكان الحافلات فسرت أو عُصِبَت : فلا ضمان عليه ؛ لعدم التقصير .

وكذا لو أسرف الأجير في الخبز في الإيقاد أو وضع الخبز قبل وقته أو بعد ما يَرَد التثوير فتلف (الخبز) ، أو تركه في التنور فوق العادة حتى احترق : ضمن ؛ لتفريطه . وكذا لو ضرب المعلم الصبي على التأديب والتعليم فهلك : ضمن ؛ إذ يمكن التأديب والتعليم بغير الضرب .

وكذا لو أسكن الدابة قصاراً أو حداداً أو طحاناً أو غيره من أصحاب الصنائع التي تُقَرَّبُ بيوت السكنى ، أو ربط في الدار الدواب أو طرح في أصولها الرماد أو الثلج أو نحو ذلك : ضمن بالتلف .

وكذا لو استأجر دابة ليركبها فليس له أن يُركب غيره ، وإن فعل فتلفت الدابة : ضمن ؛ لتفريطه ، وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه فليس له أن يلبسه غيره ، وإن فعل ذلك فتلف الثوب : ضمن ؛ وذلك لأن الناس متفاوتون في الركوب والثياب .

ولو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت : فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه ، بل على الذي أجرها أن يقبضها من منزل

المستأجر ؛ لأن المستأجر وإن انتفع بالعين المستأجرة إلا أن المنفعة إنما حصلت له بعوض أكَّاه للمؤجر فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة ، ولهذا لا يلزمه نفقتها حال كونها في منزله بعد مدة الإجارة ، فليس عليه أن يردها كالوديعة ، حتى إذا أمسكها أياماً فهلكت في يده لم يضمن شيئاً سواء طلب منه المؤجر ردها أم لم يطلب ؛ لأنه لا يلزمه الرد إلى بيته بعد الطلب فلم يكن متعدداً في الإمساك فلا يضمن . وهذا بخلاف المستعار ، فإنَّ رده على المستعير من غير أجره ؛ لأن نفعه له خالصاً فكان رده عليه ؛ وذلك لقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » ⁽¹⁾ ولهذا كانت مقوِّنة الرد على المستعير .

ولا ضمان على حجاج ولا خثان ولا طبيب ؛ إذا كانوا يمارسون الصنعة بجدارة وإتقان ، ويبان ذلك أن هؤلاء لا يضمنون بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون هؤلاء من ذوي الخبرة والحذق في صنعتهم ؛ لأنه إذا لم يكونوا كذلك فلا يحلُّ لهم مباشرة الفعل بالقطع .

الشرط الثاني : أن لا تجني أيديهم بمجاوزة ما ينبغي قطعه .

فإن تحقق هذان الشرطان لم يضمنوا ؛ لأنهم باشروا صنعتهم بإذن مشروع ولم يُقَصِّرُوا أو يفرطوا ، فلم يضمنوا إن حصل تلف ، أما إن كان حادثاً لكن يده بجئت فجاوزت ما ينبغي قطعه ، كما لو جاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ، أو قطع بآلة كالألة لا تقطع إلا بالأم شديد ، أو كان ذلك في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشبه ذلك : كان عليه الضمان ؛ لأنه مقصِّر ⁽²⁾ .

(1) حديث صحيح . رواه أبو داود (777 / 3) رقم (3508) والترمذي (581 / 3) رقم (1285) وابن ماجه (754 / 2) رقم (2243) والنسائي (254 / 7) رقم (4490) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 636) .
(2) المنني (ج 5 ص 535 - 539) والأنوار (ج 1 ص 610) والبدائع (ج 4 ص 207 - 209) وأسهل المدارك (ج 2 ص 333 - 335) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 122 - 127) ومغني المحتاج (ج 2 ص 351) وكشاف القناع (ج 4 ص 46) .

حكم الإجارة

للإجارة الصحيحة جملة أحكام نعرض لها في هذا البيان :

فأصل الحكم في الإجارة هو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وثبوت الملك في الأجرة المسمأة للمؤجر ؛ لأن الإجارة عقد معاوضة ؛ إذ هي يبيع المنفعة فيقتضي ذلك ثبوت الملك في العوضين .

أما وقت ثبوت الحكم ، فإن كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل فإن الحكم يثبت في العوضين في وقت واحد ؛ فيثبت الملك للمؤجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة ، وهو قول الحنفية ، وقالوا في كيفية ثبوت الحكم : إنه يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة ؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً . وعلى هذا فالأجرة لا تجب بالعقد بل تستحق بأحد معان ثلاثة هي : إما بشرط التعجيل ، وإما بالتعجيل من غير شرط ، وإما باستيفاء المقصود عليه ، ووجه قولهم في الإجارة المطلقة : أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين ؛ فإنه لا يثبت في العوض الآخر ؛ إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة ؛ لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين ⁽¹⁾ .

وذهبت الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز في إجارة العين المستأجرة التعجيل للأجرة ، وكذا التأجيل فيها إن كانت تلك الأجرة في الذمة كالثمن ، فإن كانت الأجرة معينة لم يتميز التأجيل ، لأن الأعيان لا تؤجل ، وإذا أطلقت الإجارة تعجلت الأجرة فتكون حالة كالثمن في البيع المطلق ، وإن كانت معينة ثلكت الأجرة في الحال بالعقد ، بمعنى أنه كلما مضى جزء من الزمان على السلامة استبان أن المؤجر قد استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك .

وجملة ذلك : أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ، ولم يشترط للمستأجر أجلاً مثلما يملك البائع الثمن بالبيع ، ووجه ذلك : أن الإجارة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق ، وبعبارة أخرى : فإن الأجرة عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد .

وذلك كله مبني على أن الإجارة قسمان :

(1) البدائع (ج 4 ص 201) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 66) .

أحدهما : الإجارة الواردة على عين ؛ كإجارة عقار أو دابة أو شيء معين .
 ثانيهما : الإجارة الواردة على الدمة ؛ كاستئجار دابة موصوفة ، أو بأن يُلزم ذمته
 خياطة أو بناء⁽¹⁾ .

أما إذا اشترط تأجيل الأجرة فهو إلى أجله ، وإن شرطه مُتَجَمِّعا يوما يوما أو شهرا شهرا
 أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه ؛ لأن إجارة العين كبيعها ، ويصح
 بشمن حال أو مؤجل ، فكذلك إجارته⁽²⁾ . والأصل في ذلك كله هو اعتبار الشروط في
 العقود ، وفي هذا يقول الرسول الله ﷺ : « المسلمون على شروطهم »⁽³⁾ .

ما ينتهي به عقد الإجارة

ينتهي عقد الإجارة بجملة أسباب منها :

أولاً : انتهاء مدة الإجارة . فقد بينا سابقاً أن عقد الإجارة يُشترط لصحته معرفة المدة
 كما لو أجره لسنة أو أكثر أو أقل على الخلاف في ذلك ، فإن انتهت المدة المتفق عليها
 بات عقد الإجارة منتهياً ؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ، ويُستثنى من
 ذلك ما لو كان ثمة عذر كما لو انقضت المدة ، وكان في الأرض زرع لم يُستحصد
 فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل⁽⁴⁾ .

ثانياً : الإقالة ، فإن مقتضى الإجارة أن يُعوض المأل بالمأل ، وذلك ما يحتمله عقد
 الإجارة كالبيع⁽⁵⁾ .

ثالثاً : موت من وقعت له الإجارة ، وهما المؤجر والمستأجر . فإن مات أحدهما وقد
 عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة ؛ وذلك لأنه لو بقي العقد بعد الموت فسوف
 تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد ؛ لأنه ينتقل

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 334) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 68) والمغني (ج 5 ص 441)
 وكشاف القناع (ج 4 ص 40) .

(2) المغني (ج 5 ص 444) والبدائع (ج 4 ص 203) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 766 ،
 267) والأنوار (ج 1 ص 589) .

(3) رواه أبو داود (19 / 4) رقم (3594) والترمذي (634 / 3) رقم (1352) والحاكم (49 / 2) . وانظر
 الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 668) .

(4) البدائع (ج 4 ص 223) .

(5) البدائع (ج 4 ص 222) والأنوار (ج 1 ص 621) .

بالموت إلى الوارث ، وذلك لا يجوز ؛ لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يُصور في المنفعة والأجرة المملوكة ؛ لأن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة على المنافع . وعلى هذا فإن ما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها ، والمالك صفة الموجود لا المعدم فلا يملكها الوارث ؛ إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته ، بخلاف بيع العين ؛ لأن العين ملك قائم بنفسه تملكه المورث إلى وقت الموت ، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث . وهو قول الحنفية ⁽¹⁾ .

وذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن الإجارة لا تنقضي بموت أحد العاقدين ؛ لأن الإجارة عقد لازم فلا يمتطّل بالموت مع سلامة المقصود عليه كالبيع . وعلى هذا لو أُجر مالا ثم مات أو مات المستأجر فإنه لا فسخ ولا انفساخ بل يقوم وارثهما مقامهما ؛ إذ الإجارة عقد لازم ، فإن مات المؤجر ترك المستأجر - بفتح الجيم - في يد المستأجر - بالكسر - إلى انقضاء المدة ، وإن مات المستأجر قام وارثه مقامه في استيفاء المنفعة ⁽²⁾ .

رابعاً : تعلد المنفعة في العين المستأجرة . وبذلك تنفسخ الإجارة ؛ لأن المقصود بها الانتفاع بالعين ، فإن تعلد ذلك لم يكن لعقد الإجارة معنى . وذلك كما لو كان محل الإجارة داراً فانهدمت ، أو أجيئاً فمات أو دابة فتلقت ، وكذا ما لو استأجر حثاً فأنقطع ماؤه ؛ لخلل في الأبنية ، أو لانتقاص الماء في البئر ، أو استأجر قناة فأنقطع ماؤها . أو نحو ذلك مما تفوت به منفعة العين المستأجرة فتتفسخ الإجارة ، سواء كان تلف العين قبل قبضها أو عقبه ، وإن تلفت العين المستأجرة في أثناء الإجارة انفسخت فيما بقي من المدة خاصة ، وله من المسقى من الأجرة بقسطه من جميع الأجرة .

ولا فرق بين أن يكون التلف بأفة سماوية أو بفعل المستأجر ، وعلى هذا تنفسخ الإجارة للرضاع بموت الصبي المرتضع ؛ لتعدّل الاستيفاء ، وكذا لو مات الظفر فإن الإجارة تنفسخ . وذلك الذي عليه عامة العلماء ⁽³⁾ .

ويلحق بذلك أيضاً ما لو أكرى نفسه فهرب ؛ أو أكرى عيناً فهرب بها المكري ؛ فإن كانت الإجارة على موصوف في الدمة استؤجر على المؤجر من ماله ، وإن كان

(1) البدائع (ج 4 ص 222) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 145) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 619) والمهذب (ج 1 ص 407) وكشاف القناع (ج 4 ص 29) .

(3) كشاف القناع (ج 4 ص 27) والأنوار (ج 1 ص 620) والبدائع (ج 4 ص 223) وبلغة السالك على

شرح الدردير (ج 2 ص 280 ، 281) .

الاستعجار عليه غير ممكن ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ أو يصبر .

أما إن كانت الإجارة على عين فالمستأجر بالخيار بين الفسخ أو الصبر .

وكذلك ما لو عُصِبت العين المستأجرة من يد المستأجر ، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طوَلِبَ المؤجر بإقامة عين أخرى مقامها ، وإن كان العقد على عين كان للمستأجر الخيار في الفسخ ؛ لفوات حقه في المنفعة بالتأخر .

وكذلك ما لو استأجر رجلاً ليتَقَلَّعَ له ضروساً فسكن الوجع ، أو ليتَكْحَلَ عينه فبَرَقَتْ ، أو ليقْتَصِرَ له فعفا (الولي المؤجر) عن القصاص : فقد انفسخ عقد الإجارة ؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه وهي المنفعة (1) .

وكذلك لو استأجر رجلاً ليتَحَيَّجَ عنه فمات (الأجير) قبل الإحرام ، فإن كان العقد على حج في الذمة استأجر من تركه الميت من حجج ، فإذا لم يمكن ذلك ثبت للمؤجر الخيار في فسخ العقد ، أما إن كان العقد على حج الأجير بنفسه فقد انفسخ العقد بموته ؛ لتَلَفِ المعقود عليه قبل القبض ، ولو مات الأجير بعد ما أدى جميع الأركان وقبل الميت والرمي سقط الفرض ووجب في تركه الدَّمُ لما بقي ، وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يؤدي الأركان فلا يجوز أن يبنى على غير عمله ؛ لأن هذه عبادة تُفْسِدُ أولها بفساد آخرها فلا تتأذى بنفسين كالصوم والصلاة ، وهو قول الشافعية في الصحيح من مذهبه ، وقالوا في القديم بالجواز ؛ لأن الحج عملٌ تدخله النيابة فجاز (2) .

خامساً : ظهور عيب في العين المستأجرة ، فإنه تنفسخ الإجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الإجارة لأجلها . فإذا وجد المستأجر العين المؤجرة معيبة ، أو حدث بها عيب عنده يظهر به تفاوت الأجرة : كان له الفسخ ؛ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وُجِدَ قبل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقى منها .

وعلى هذا لو استأجر داراً فوجد بها عيباً يَضُرُّ بالسكنى : فله الفسخ ، أما إن كان عيباً لا يضر كحائط سقط ولم يكن المستأجر بحاجة إليه في السكنى فليس له الفسخ .

(1) المهذب (ج 1 ص 406) والأنوار ومعه حاشية الكمثري (ج 1 ص 621-624) وكشاف القناع (ج 4 ص 25-28) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 280-285) والمغني (ج 5 ص 452 ، 455 ، 460) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 147-149) .

(2) المهذب (ج 1 ص 406) والأنوار (ج 1 ص 421-424) .

وكذا لو استأجر داراً جازها رجلٌ سوءٌ أو امرأةٌ سوءٌ ، ولم يعلم المستأجر بذلك : فله الفسخ ، وكذا لو استأجر دابةً فتعثر في المشي لمرضٍ فيها أو عرج أو نحو ذلك .
وكذا لو انقطع الماء في البئر أو العين المستأجرة أو تشبَّث الماء فامتنع الشربُ أو الوضوء أو غير ذلك من العيوب التي تُنقص بها المنفعة : كان للمستأجر الخيارُ في الفسخ ، على أن المؤجِّر إذا أزال العيب سريعاً بلا ضَرَرٍ يلحق المستأجر : فلا خيار له لزوال سببه ، وإذا فسَخ المستأجر الإجارة للعيب فعليه أجره ما مضى قبل الفسخ ؛ لاستقراره عليه ⁽¹⁾ .

الاجير الخاص والاجير المشترك

الاجير الخاص هو الذي يقع عليه العقد في مدَّة معلومة يستحق للمستأجر نفعه في جميعها ، فهو يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، وذلك كمن استأجر للخدمة أو لرعي الغنم أو للعمل في بناء أو خياطة ، سواء كانت المدَّة يوماً أو شهراً أو نحو ذلك من الأزمنة المألوفة ، وقد سُمِّي الاجير الخاص بهذا الاسم ، لأنه لا يمكنه أن يعمل لغير المؤجر ، فمنافعه في المدة صارت مستحقَّة له ، والأجرُ مقابلٌ بالمنافع ، ولذلك فإن المؤجر مختصُّ بنفع الاجير الخاص في تلك المدة دون غيره من الناس ⁽²⁾ .

أما الاجير المشترك ، فهو الذي يقع العقد معه على عمل معين في مدة لا يستحق نفعه في جميعها ، فهو الذي لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقضار والحراث والحداد وغيرهم من أصحاب الصنائع ، وكذا خياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين . وقد سمي مشتركاً ؛ لأنه يتقبل الأعمال لجماعة في وقت واحد يعمل لهم فيشتركون في نفعه ، وبذلك تتعلق الإجارة بذمته لا يعينه ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله دون تسليم نفسه بخلاف الخاص .

وهو يضمن ما تلفَ بفعله ولو بخطئه كما لو حرق القضاير الثوب من مدَّة أو دقَّه أو عَصَرَه أو بسطه .

وكذا لو غلط الخياط في تفصيل الثوب : يضمن ؛ لأنه أجير مشترك وعمله مضمونٌ

(1) كشف القناع (ج 4 ص 29-31) والمهذب (ج 1 ص 403) والأنوار (ج 1 ص 618) ونتائج الأفكار ومنه شرح العناية (ج 4 ص 144) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 281) .

(2) نتائج الأفكار (ج 4 ص 128 ، 129) وكشف القناع (ج 4 ص 32) ومغني المحتاج (ج 2 ص 352) وأسهل المدارك (ج 2 ص 326) .

عليه ؛ لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، فإن الثوب لو تلف في جزئه بعد عمله لم يكن له أجرة فيما عمل فيه بخلاف الخاص .

وكذا الطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسده من خبزه ، والحمال ضامن لما يسقط من حملة عن رأسه أو ظهره أو تلف من عثرته ، والجمل يضمن ما تلف بقوده وسوقه ، وكذا الملاح يضمن ما تلف من يده أو تجديفه . وذلك الذي عليه الجمهور ، وهو مروي عن عمر وعلي وشريح والحسين والحكم وعطاء وطاووس وزفر ، فقد روي في ذلك عن علي أنه كان يُضْمَنُ الصباغ والصواغ ، وقال : لا يُضْلِحُ الدائم إلا ذلك ⁽¹⁾ .

أما الأجير الخاص فهو الذي يستأجره لنفسه مدة فلا ضمان عليه لما يحصل من تلف ما لم يتعمد ، وذلك كما لو اكترى رجلاً ليستقي ماءً فكسرت الجرّة فإنه لا يضمن ، وكذا لو اكترى رجلاً يَحْمُوتُ له على دابة فكسر الأجير الحراث فلا ضمان عليه . وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم ، ووجه ذلك : أن عمل الأجير الخاص غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به ، كالفصاص وقطع يد السارق ⁽²⁾ .

ويتخرج عن هذه الأحكام جملة مسائل منها : ما لو استأجر الأجير المشترك أجيرًا خاصًا كالخياط في دكان له يستأجر فيه أجيرًا مدة يستعمله فيها ، فإذا قِيلَ صاحب الدكان أن يخيط ثوبًا فدفعه إلى أجيّره فعرقه أو أفسده ؛ فلا ضمان عليه ؛ لأنه أجير خاص بل يضمنه صاحب الدكان ؛ لأنه أجير مشترك .

ولو عمل الأجير المشترك في ملك نفسه فإنه يضمن ، وذلك كالخباز يخبز في ثوبه وملكه ، وكذا القصار والخياط يعملان في دكانيهما وملكهما .

أما لو دعا الرجل خبازًا ليخبز له في داره أو خياطًا ليخيط عنده في داره ؛ فلا ضمان عليه فيما أُلِفَ ما لم يُفْرَط ؛ لأنه سلّم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص . ولو أُلِفَ الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه الثوب غير معمولٍ ولا أجز عليه ، وبين تضمينه إياه معمولًا ويدفع إليه أجره .

(1) كشف القناع (ج 4 ص 33) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 121) ومغني المحتاج (ج 2 ص 752) وأسهل المدارك (ج 2 ص 326) والألم (ج 4 ص 37 ، 38) والمغني (ج 5 ص 525) .

(2) المغني (ج 5 ص 527) والألم (ج 4 ص 38) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 129) .

ولو دفع ثوباً إلى خياط وقال له : إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه ، فقال الخياط : يكفيك قميصاً فقطعه فلم يكفه : فعليه ضمانه . ووجه ذلك أن صاحب الثوب أذن للخياط بقطع الثوب بشرط أن يكفيه فلم يتحقق الشرط فضمن :

أما إن قال له : انظر هذا الثوب هل يكفي قميصاً ؟ فقال : نعم . فقال : اقطعه فقطعه فلم يكفه : لم يضمن ؛ لأنه أذن له بالقطع من غير اشتراط لكفايته ، فالإذن بالقطع في الحالة الأولى مقيّد بشرط الكفاية فإذا لم يكفه ضيّع ، بخلاف الحالة الثانية ، إذ لم يُقيّد إذنه بشرط الكفاية فلا يضمن ⁽¹⁾ .

ولو تلفت العين في جزر الأجير المشترك من غير تعدّد منه ولا تفریط : فلا يضمن . ووجه ذلك : أن هذه عين مقبوضة بعقد الإجارة ولم يتلفها الأجير المشترك بفعله ، وهي في يده أمانة فلم يضمنها كالعين المستأجرة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، وقال به الإمام أبو حنيفة وزفر ، وقال به أيضاً طاووس وعطاء ⁽²⁾ .

وذهب الصحاحيان إلى تضمينه ، وهي رواية عن أحمد . فهو بذلك يضمن إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والقعدو المكابر ، ويحتج لذلك . بما روي عن عمر وعلي أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه ؛ إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فضمنه ، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت تخفف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك مما يفهم ويُغلب ، فلا تقصير من جهته ⁽³⁾ .

ولو حبس الصانع الثوب عنده بعد ما عمله حتى يستوفي أجره فتلف : كان عليه الضمان إلا إذا أذن له صاحبه بحبسه أو كان عنده مرهوناً للتوثق من استيفاء الأجرة ، أما إذا لم يأذن له ولم يرهنه فإنه يضمن . وهو قول الحنابلة ، وهو الظاهر من قول الشافعية والمالكية خلافاً للحنفية في الظاهر من مذهبهم ⁽⁴⁾ .

(1) المغني (ج 5 ص 526 - 529) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 127) والأم (ج 4 ص 37 ، 38) والأنوار (ج 1 ص 616) .

(2) المغني (ج 5 ص 533 ، 534) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 122) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 81) ومغني المحتاج (ج 2 ص 352 ، 353) .

(3) نتائج الأفكار (ج 9 ص 122) وكشاف القناع (ج 4 ص 34) .

(4) كشاف القناع (ج 4 ص 36) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 125) وأسهل المدارك (ج 2 ص 339) .

العارية

العارية : بالتشديد ، وهي في اللغة : اسم من الإعارة . تقول : أعرضته الشيء أعرضه إعارة وإعارة . والعارية : ما تداولوه بينهم ، وقد تكون منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عارٌ وعيبٌ . هذا في اللغة ^(١) .

وفي الشرع : تمليك المنافع بغير عوضٍ مع بقاء العين المنتفع بها للمالكها ^(٢) .

شعبية العارية

العارية أو الإعارة مندوب إليها شرعاً وهي من فضائل الأعمال ؛ لما فيها من بذل للخير والعون للمسلمين ، وقد ثبتت شرعية العارية بكل من الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَيَمْتَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ^(٣) وقد سبق هذا تنبيهٌ بالبخلاء والأشئحة ووعيدٌ لهم بالويل والعذاب الشديد فهم قُزْنَاءُ لِلْمَرَاتِينِ وَالْمُفْرَطِينَ فِي الصَّلَاةِ . والماعون : كلُّ ما فيه منفعةٌ حتى الفأس والقِدْرُ والدُّلُو والقِدَاحَةُ ، وكلُّ ما فيه منفعةٌ من قليل أو كثير ، وجملة ذلك : أن الإعارة من مقتضيات الماعون ، وهو قول ابن عباس ^(٤) . وقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَمَآوُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْمَذَوْنِ ﴾ ^(٥) ومن معاني التعاون وبذل الخير والبر : أن يُعِيرَ النَّاسُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا بِمَا يَحَقُّ حَاجَاتِهِمْ وَأَعْرَاضَهُمْ . أما السنة ، فمنها ما رواه البخاري عن أنس (رضي الله عنه) قال : كان قُرْغٌ بالمدينة فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال له المندوب . فركبه فلما رجع قال : « ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً » أي واسع الجري ^(٦) .

وروى البخاري أيضاً عن أيمن (رضي الله عنه) قال : دخلتُ على عائشة وعليها دُرْعٌ قطر ثمن خمسة دراهم فقالت : ارفع بصرك إلى جاريتي ؛ انظر إليها ؛ فإنها تزهي أن تلبسه في البيت - أي تألف من ثوبه لينظفه وخشونته . وقد كان لي منهن دُرْعٌ على

(١) لسان العرب (ج ٤ ص ٦١٨ ، ٦١٩) ومختار الصحاح (ص ٤٦٢) .

(٢) كشاف الفتاوى (ج ٤ ص ٦٢) والأنوار ومعه حاشية الكمثرى وحاشية الحاج إبراهيم (ج ١ ص ٥١٩) ونتائج الأفكار (ج ٩ ص ٣) .

(٣) سورة الماعون الآية (٧) .

(٤) تفسير القرطبي (ج ٢٠ ص ٢١٤) وتفسير النسفي (ج ٤ ص ٣٧٠) . (٥) سورة المائدة الآية (٢) .

(٦) رواه البخاري (٢٨٤ / ٥) رقم (٢٦٢٧) ومسلم (١٨٠٢ / ٤) رقم (٢٣١٧) . وانظر التاج الجامع للأصول (ج ٢ ص ٢٢٢) .

عهد رسول الله ﷺ فما كانت امرأة تقيين - ثوبين - بالمدينة إلا أرسلت تستعيره (1) .
وأخرج أبو داود عن سَمُرَةَ عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تُؤدَّبه » (2) .
وأخرج أبو داود عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه
أدراعاً يوم حنين فقال : أَغْصَبْتُ يَا مُحَمَّدُ ؟ فقال : « لا ، بل عارية مضمونة » (3) .
وأخرج أبو داود عن أناس من آل عبد الله بن صفوان أن رسول الله ﷺ قال :
« يا صفوان ، هل عندك من سلاح ؟ » قال : عارية أم غصبة ؟ قال : « لا ، بل عارية » فأعاره
ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً . وغزا رسول الله ﷺ حينئذ فلما هُزِمَ المشركون جُمِعَت
دروع صفوان ففقد منها أدراعاً فقال رسول الله ﷺ لصفوان : « إنا قد فقدنا من أدراعك
أدراعاً ، فهل تُقرُّم لك ؟ » قال : لا ، يا رسول الله ؛ لأن في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ (4) .
وأخرج أبو داود كذلك عن أبي أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « العارية
مؤداة ، والمنحة مردودة ، والثمن مقضي ، والزعيم غارم » (5) .
وقد أجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ؛ لأنه لما جازت هبة الأعيان جاز
أن تُوهب منافعها (6) .

وعلى هذا فالعارية مندوب إليها وليست واجبة ، وهو قول أكثر العلماء ؛ استناداً إلى قوله
(عليه الصلاة والسلام) : « ليس في المال حقٌ سوى الزكاة » وقيل : حديث ضعيف (7) .
وذهب آخرون إلى أن العارية واجبة ؛ لأنها وجبة من وجوه الخير ، وأداء ذلك
للمسلمين واجب ؛ استناداً إلى قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ (8) فقد تورَّع الله
الذين يمنعون الماعون من الدلو والإبرة والفأس والقنطرة وغير ذلك من مختلف
الأغراض في مختلف الأزمنة مما يحتاج إليه المسلمون والجهيراء بخاصة ، ويؤيد ذلك قوله
(عليه الصلاة والسلام) : « إن في المال لحقاً سوى الزكاة » قيل : حديث ضعيف (9) .

(1) رواه البخاري (286 / 5) رقم (2628) . وانظر التاج الجامع للأصول (ج 2 ص 222 ، 223) .

(2) - (4) أبو داود (ج 3 ص 296) . (5) أبو داود (ج 3 ص 397) .

(6) المغني (ج 9 ص 220) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 203) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 90) .

(7) رواه ابن ماجه (570 / 1) رقم (1789) وضعفه الألباني . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 460) .

(8) سورة الماعون الآية (7) .

(9) رواه الترمذي (48 / 3) رقم (639) وقال أبو عيسى : هذا حديث إسناده ليس بالقوي وفيه أبو حمزة

سيمون الأحمور ضعيف . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 356) .

ويمكن الجمع بين هذين الدليلين وهو الوجوب للضرورة أو إذا نحيف الهلاك على المستعير . وذلك كإعارة ثوب لدفع ضرر كحرق أو بؤيد أو لمن توقفت صحة صلاته عليه بأن لم يجد ما يستتر به ، أو إعارة حبل لإنقاذ غريق ، أو سكن لذبح حيوان محترم يُخشى أن يموت ، وقد تحرم الإعارة للآخرين إن كانت تُعينهم على المعصية ، وذلك كإعارة الصيد من المحرم ، وقد تكون مكروهة إن كان فيها ما يُعين المستعير على فعل المكروه كإعارة العبد المسلم من الكافر ؛ لما له عليه في استخدامه من سبيل ⁽¹⁾ .

أركان العارية

للعارية أربعة أركان هي :

الركن الأول : العير ، وله شرطان :

أحدهما : أن يكون أهلاً للتبرع ؛ لأن الإعارة نوع من التبرع ؛ لأنها إباحة منفعة ، وعلى هذا فشرط العير أن يكون عاقلاً فلا تصح الإعارة من المجنون ، وهو ما لا خلاف فيه .

وكذا شرطه أن يكون بالغاً . وهو قول الشافعية والمالكية ، خلافاً للحنفية ؛ إذ لم يشترطوا ذلك ، فتصح الإعارة عندهم من الصبي المأذون له ؛ لأن الإعارة من توابع التجارة والصبي يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها ⁽²⁾ .

وكذا شرطه الاختيار فلا تصح من المكروه ولا العبد ؛ لأنه غير جائز التصرف ، وذهبت الحنفية إلى أن الحرية ليست شرطاً فيجوز للعبد المأذون أن يعير ، لأن الإعارة من توابع التجارة وهي جائزة للعبد المأذون .

وجملة ذلك : أن العارية لا تجوز إلا من جائز التصرف ؛ لأن ذلك تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع ، على الخلاف في تفصيل ذلك ⁽³⁾ .

الشرط الثاني : أن يكون مالكا للمنفعة ، ولو بوصية أو وقف وإن لم يكن مالكا للعين ؛ لأن الإعارة ترد على المنفعة دون العين . وعلى هذا فإنه لا يجوز للمستعير إعارة المستعار ؛

(1) الأنوار (ج 1 ص 519) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 90) والمغني (ج 5 ص 220) .

(2) البدائع (ج 4 ص 214) ومغني المحتاج (ج 2 ص 264) وكشاف القناع (ج 4 ص 61) والأنوار (ج 1 ص 519) وبلغة السالك (ج 2 ص 205) .

(3) البدائع (ج 4 ص 214) ومغني المحتاج (ج 2 ص 264) والأنوار (ج 1 ص 519) والمغني (ج 5 ص 224) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 205) .

لأنه غير مالك للمنفعة وإنما أبيع له الانتفاع والمستبيع لا يملك ثقل الإباحة ، فلو أعار المعير المستعار : كان عليه الضمان هو والآخذ منه ، وهو ضمان الغصب . وهو قول الجمهور ⁽¹⁾ .

الركن الثاني : المستعير .

وشروطه أن يكون أهلاً للتبرع فلا تصح الإعارة لمن لا عبارة له كصبي ومجنون وبهيمة ، كما لا تصح الهبة منهم . ويشترط كذلك أن يكون المستعير ذا أهلية للتبرع بتلك العين بأن يصح منه قبولها هبة ، فلا تصح إعارة المصحف لكافر ، وكذا كتب الأحاديث أو العبد المسلم ، أو آلة الجهاد للحربي ⁽²⁾ .

الركن الثالث : المستعار ، ويشترط فيه ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون المستعار منتفعاً به مع بقاء عينه ، كالدراب والذور وأثاث البيت وكتب العلم ، فلا تجوز إعارة الأطعمة ؛ لأن الانتفاع بها لا يتحقق إلا في استهلاكها ، فانتفى المقصود من الإعارة ؛ لأن حقيقة العارية ما رُدَّت عينها لمالكها بعد الانتفاع بها .

وتصح إعارة الدراهم والدنانير ليؤزَن بها أو للتزين ، أما إن استعارها لينفقها كان ذلك قرضاً ؛ لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها . وكذا لو أطلق فإنه قرض ؛ تغليظاً للمعنى وهو الاستدانة ، ويلحق بذلك ما لو استعار أحجاراً أو أخشاباً ليني بها مسجداً ؛ لأن المستعار يُسترد وإذا صار الشيء مسجداً لا يجوز استرداده ⁽³⁾ .

ثانيها : أن يكون منتفعاً به انتفاعاً مباحاً ، فيخرج ما ينتفع به انتفاعاً محرماً كآلات الملاهي فإنه لا تصح إعارته ، ويلحق بذلك إعارة جارية لشاب ، خشية الفتنة بالخلوة ، وتجوز إعارتها لخدمة امرأة أو ذكر متحرم ؛ لعدم المحذور في ذلك ، وفي معنى المرأة والذكر المحرم ما لو كان ممسوحاً ، وكذا الشيخ الهرم والطفل والمريض إذا لم يَجِدْ من يخدمه غير المرأة فتجوز إعارة الجارية لخدمته .

(1) الأنوار (ج 1 ص 519) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 91) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 9) والمغني (ج 5 ص 226) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 520) ومغني المحتاج (ج 2 ص 265) وقليوبي وعميرة (ج 3 ص 18) وكشاف القناع (ج 4 ص 61) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 206) .

(3) كشاف القناع (ج 4 ص 63) والأنوار (ج 1 ص 520) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 206) ونتائج الأفكار (ج 4 ص 13 ، 14) ومغني المحتاج (ج 2 ص 265) .

ويحرم إعاره عبد مسلم لكافر ، وقيل : يكره كراهة تنزيه . وكذا يكره أن يستعير أحد أبويه ؛ لما في ذلك من امتهان له وإذلال .

ويصح إعاره الفحل للضراب والكلب للصيد ، ولا يُشترط أن تكون المنفعة محضة بل يجوز الإعاره لاستفادة عين ، فتصح إعاره الشاة للبئها والشجرة لثمرها ، والأرض لحفر البئر أو القناة فيها ؛ للانتفاع بمائهما .

وتحرم إعاره صيد لحريم ؛ لأن إمساكه له محرم ، وكذا ما يحرم استعماله في الإحرام من طيبٍ لحرم .

وتحرم إعاره عين لنفع محرم كإعاره دار لمن يتخذها كنيسة أو يشرب فيها الخمر أو يعضي اللة فيها . وكذا إعاره سلاح لقتال في الفتنة وأنية ليتناول بها المحرم كالخمر ونحوه ⁽¹⁾ .

ثالثها : أن يكون المستعار معلوم الجنس أو النوع ؛ لئلا تكون جهالة في كيفية الانتفاع فيقع النزاع ، ومن شأن النزاع أن تُقصد به العقود ، وعلى هذا لو كان المستعار مما يُنتفع به لجهتين فصاعداً كالأرض الصالحة للبناء والغراس والزراعة ، أو الدابة الصالحة للحمل والركوب ؛ فلا تصح العارية في ذلك بدون التعرض للجهة . ولو قال له المير : انتفع ما شئت ، أو كيف شئت ، أو بما بدا لك ؛ فينتفع : بما هو العادة فيه .

ولو كان المستعار مما ينتفع فيه بجهة واحدة كالبيسط الذي لا يَصْلُح إلا أن يُقْرش ، أو الثوب الذي منفعتُه اللبس ؛ فلا حاجة في ذلك إلى بيان الانتفاع وإنما يُنتفع على العادة ، فإن جاوز صار متعدداً ⁽²⁾ .

الركن الرابع : الصيغة .

وهي كل لفظة تدل على الانتفاع بالعين ، وكذا الفعل . وبذلك تنعقد الإعاره بكل قول أو فعل يدل عليها كقوله : أعرتك هذا الشيء ، أو أهدت لك الانتفاع به ، أو يقول المستعير : أعزني هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه ، فيسلمه المير إليه ، أو يقول له : استرخ على هذه الدابة ، فاستراح عليها . أو دفع له الدابة وهو تَوَبَّ فركبها ، فإن ركوبه يُعَدُّ قبولاً ، وكذا ما لو سَمِعَ من يقول : أردت من يعيرني كذا ، فأعطاه كذا : صححت

(1) الأنوار (ج 1 ص 521) ومعني المحتاج (ج 2 ص 265) وفتاوى الأفكار (ج 9 ص 14) وكشاف القناع (ج 4 ص 63 ، 64) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 206) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 521) ومعني المحتاج (ج 2 ص 266) والبدائع (ج 6 ص 215 ، 216) .

الإعارة ، وكذا لو قال المعير : أعرتك هذا الثوب ، أو أعرتك منفعتك ، أو أذنت لك ، أو تحذنه لتتفع به .

ويكفي اللفظ من طرف والفعل من طرف آخر ، فلو قال : أعرتني هذا الثوب ، فسلمه إياه أو قال : خذ هذا لتتفع به ، فأخذه : كفى . ولا يشترط اللفظ من جانب المعير فاكفى فيها بلفظ المستعير ⁽¹⁾ .

وزهدت الحنفية إلى أن ركن العارية هو الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير فليس بركن ؛ استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر . والإيجاب أن يقول : أعرتك هذا الشيء ، أو منحتك هذا الثوب ، أو هذه الدار ، أو أطعمتك هذه الأرض ، أو هذه الأرض لك طعمة ، أو حملتك على هذه الدابة ؛ إذا لم يتو به الهبة ، أو : داري لك سكنى ، أو داري لك غمزي سكنى .

أما لفظ الإعارة فهو صريح في الدلالة ، وأما المنحة فهي اسم للمعطية التي يتفع بها الإنسان زماناً ثم يردّها على صاحبها ، وهو معنى العارية ، وكذا الإطعام المضاف إلى الأرض هو إطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة ، وهو معنى العارية ، وأما قوله : حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الإعارة والهبة ، فأبي ذلك نوى فهو على ما نوى ؛ لأنه نوى ما يحتمل لفظه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى العارية ؛ لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى ⁽²⁾ .

(1) الأنوار (ج 1 ص 521) ومفني المحتاج (ج 2 ص 266) وكشاف القناع (ج 4 ص 62) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 206) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 92) .

(2) البدائع (ج 6 ص 214) .

أوجه العارية

للعارية أربعة أوجه ، نعرض لها في هذا التفصيل :

الوجه الأول : ما لو كانت العارية مطلقة في الوقت والانتفاع ، فللمستعير في ذلك أن يتنفع بالمعار مثلما يشاء وفي أي وقت شاء ؛ عملاً بالإطلاق ، وعلى هذا لو أعار دابة إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل ؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه .

لكنه لا يُحتمل عليها ما يُقَلَّم أن مثلها لا يُطبق مثل هذا الحمل ، ولا يستعملها ليلاً ونهاراً إن كانت لا تُستعمل بصفة متوالية مثل الدواب ، فلو فعل فعطبت ؛ ضمن ؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالغرف والعادة دلالةً مثلما يتقيد نصاً . وكذا لو أعاره أرضاً للزراعة وأطلق : صحت العارية وله زرع ما شاء ، وليس له غير الزراعة كالبناء . وجملة ذلك : أن المعير إذا أطلق في المدة وكيفية الانتفاع كان للمستعير أن يتنفع بالعارية مثلما يشاء ما لم يُزجج المعير ⁽¹⁾ .

الوجه الثاني : ما لو كانت العارية مقيدةً فيهما أي الوقت والانتفاع . في هذه الحال ليس للمستعير أن يجاوز في العارية ما ساءه المعير ؛ عملاً بالتقييد ، فإن جاوز : ضمن ، إلا إذا كانت المخالفة إلى مثل ما قيده به المعير أو إلى خير منه فلا يمكن اعتبارها ؛ لعدم الفائدة ، ولأن صورة التقييد في مثل ذلك تجري العبث .

وعلى هذا لو أعار إنساناً دابةً على أن يركبها المستعير بنفسه فليس له أن يعيرها غيره ، وكذا لو أعاره ثوباً على أن يلبسه بنفسه فليس له أن يلبسه غيره عملاً بالتقييد ؛ لأن الأصل في المقيّد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعلّد اعتباره ، واعتبار هذا القيد ممكن ، وذلك بالنظر لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوباً ولبساً فليزم اعتبار القيد فيه ، فإن لم يتقيد حتى هلك المعار كان عليه الضمان ؛ لأنه يخالف .

ولو ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت ، فإن كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً : ضمن نصف قيمة الدابة ؛ لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف ، وإن كانت الدابة مما لا تطبق حملها : ضمن المستعير جميع قيمتها ؛ لأنه استهلكها .

ولو أعاره داراً ليشكّنها بنفسه فله أن يشكّنها غيره ؛ لأن المملوك بالعقد السكنى ولا

(1) البدائع (ج 6 ص 215) وكشاف القناع (ج 4 ص 66) والأنوار (ج 1 ص 523) .

يتفاوت الناس في السكنى عادةً ، فلم يكن التقييدُ بسكناه مفيدًا فيلغو إلا إذا كان الذي يُشكئها إياه حدًا أو قصارًا ونحوهما مما يؤمن عليه البناء ، فليس له أن يُشكئها إياه ، ولو أن يعمل بنفسه ذلك ، لأن المعير لا يرضى به عادةً والمطلق يتقيد بالعرف والعادة .

ولو أعاره دابةً على أن يحمل عليها عشرة أضرع من شعير ، فليس له أن يحمل عليها عشرة أضرع من حنطة ؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير ، فكان اعتبار القيد مفيدًا فيعتبر . ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة أضرع من حنطة ، فله أن يحمل عليها عشرة أضرع من شعير أو أرز أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها ؛ لأن المالك يكون راضيًا بذلك دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدًا .

ولو أعاره الدابةً على أن يحمل عليها عشرة أضرع من حنطة ، فليس له أن يحمل عليها حطبًا أو حديدًا أو حجارة ، سواء كان مثلها في الوزن أو أخف ؛ لأن ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظفرها أو أغقر⁽¹⁾ ، ولو فعل حتى عطيت الدابة كان عليه ضمانها ، كذا لو أعاره إياها على أن يحمل عليها مائة من القطن فحمل عليها مثله من الحديد وزنًا فعطيت : فإنه يضمن ؛ لأن القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرره أقل من الحديد ؛ لأنه يكون في موضع واحد فضرره بالدابة أكثر ، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضا بأعلاهما ، فكان التقييد مفيدًا فيلزم اعتباره .

ولو أعاره أرضًا لزراعة الحنطة ، فله أن يزرعها أو يزرع الشعير ونحوه كالجميع أو الحلبة أو الباقلاء ، وليس له أن يزرعها ذرةً أو أرزًا أو قطنًا ، فإن زرع كان غاصبًا ؛ وذلك لأن ضرر كل واحد من الدرة أو الأرز أو القطن أكثر من ضرر الحنطة .

لو أعاره إياها للغراس فلا يبنى عليها ، ولو أعاره للبناء فلا يغرّس عليها ؛ وذلك لاختلاف جنس الضرر ؛ إذ ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر من ظاهرها ؛ لانتشار عروق الغراس ، وضرر البناء في ظاهرها أكثر ، فإن خالف فبنى أو غرس ، فإنه ينظر ، فإذا لم يشرط عليه المعير القلع : لم يلزمه القلع إلا أن يضمن له المعير النقص ؛ وذلك للحديث : « ليس لعري ظالم حق »⁽²⁾ ، والمستعير إنما حصل غراشه أو بناؤه في الأرض

(1) أغقر : من الغفر وهو الجرح . وفعله غقر أي جرح . وعقير وعقرى أي جريح وجرحى . انظر مختار الصحاح (ص 445) .

(2) أخرجه البيهقي عن سعيد بن زيد (ج 6 ص 99) وأصل الحديث هو : « من أحيا أرضًا ميتة فهي له ، وليس لعري ظالم حق » .

يأذن صاحبها ولم يشترط عليه قلعه فلم يلزمه ؛ لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك ، ولأن العارية عقد إرفاق ومعونة ، والزامه بالقلع مجاناً يخرجها إلى حكم العدوان والضرر ، أما إن ضمن له الميرر النقص بالقلع : لزمه .

أما إن كان الميرر قد شرط عليه القلع : فقد لزمه ذلك ، وهو قلح ما غرسه أو بناه عند مُضي الوقت المتفق عليه ، أو إذا رجع الميرر عن الإعارة ؛ وذلك للحديث : « المؤمنون عند شروطهم » . وذلك أن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الذي دخل عليه ولا يلزم صاحب الأرض نقص الغراس أو البناء ⁽¹⁾ .

الوجه الثالث : ما لو كانت العارية مقيدة من حيث الوقت مطلقة من حيث الانتفاع ، وذلك كما لو استعار دابة فله أن يحمل عليها كما يشاء ؛ لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويتركب غيره ، على أن لا يحمل عليها ما لا تطيق وهو ما يشترط عرفاً ، ولو استعارها إلى مدة فجاوزها : ضمن ولزمه أجره المثل وأرض النقص ⁽²⁾ .

الوجه الرابع : ما لو كانت العارية مطلقة من حيث الوقت مقيدة من حيث الانتفاع ، فلو استعار دابة للركوب دون غيره ، أو للجزالة دون غيرها ، أو للذياس فقط ، ولم يُعين لذلك مدة : جاز له الانتفاع في أي وقت شاء ، وعلى المستعير أن يتقيد بنوع الانتفاع الذي قيده به الميرر ، فإن جاوز ما قيده به دخل في ضمانه ، فإن حصل تلف : ضمن ⁽³⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 215) وكشاف القناع (ج 4 ص 66) والأنوار (ج 1 ص 524) .

(2) نتائج الأفكار (ج 9 ص 13) والأنوار (ج 1 ص 523) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 94) .

(3) نتائج الأفكار (ج 9 ص 13) والبدائع (ج 6 ص 216) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 208) .

حكم العارية

الأصل في حكم العارية إباحة المنفعة للمستعير بغير عوض ، وهو قول الشافعية والحنابلة ، ويتخرج عن هذا القول أنه لا يجوز للمستعير أن يُعير غيره ما استعار ؛ لأن المستبيح لا يملك ثَقْلَ ما أبيع له بدليل أن الضيف لا يُبيح لغيره ما قَدَّم له ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنفية والمالكية إلى أن الأصل في حكم العارية هو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض ، أو ما هو ملحق بالمنفعة عُرفاً وعادة ، وجملته ذلك : أن الأصل في الحكم هو ملك المنفعة وليس الحق في الانتفاع فقط ، ووجه قولهم : أن المعير سَلَطَ المستعير على تحصيل المنافع وصرّفها إلى نفسه على وجه زالت يَدُه عنها ، والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة ⁽²⁾ .

أما حكم العارية من حيث صفته فهو أن هذا العقد جائز ، أي غير لازم ، وجائز : من الجواز مقابل لزوم . وبذلك لكل من المعير والمستعير الرجوع في العارية متى شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ، ووجه ذلك : أن العارية مَبْرُوءة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يُلِيقُ بها الإلزام ، ولأن العارية تبرع بالمنافع المستقبلية ، والتبرع إذا لم يتصل بالقبض يجوز الرجوع فيه ، وكذا المستعير له الرجوع متى شاء وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في الجملة ⁽³⁾ .

ويستثنى من هذا الأصل ما لو عرضت بعض الأحوال تصبح فيها العارية لازمة ، وذلك كمن أعار أرضاً للذئب ميت محترم فليس له أن يرجع وهي لازمة من جهته حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً ؛ محافظة على حرمة الميت ؛ لأنه دُفِنَ بحق والنبش لغير ضرورة حرام ؛ لما فيه من هتكِ حرمة الميت .

وكذا لو قال : أعيروا داري بعد موتي لزيتك شهراً ؛ لم يكن للمالك - وهو الوارث - أن يرجع قبل الشهر ، وكذا لو نذر المعير أن لا يرجع إلا بعد سنة مثلاً ، أو نذر أن يُعيره سنة مثلاً ؛ فليس له الرجوع قبل سنة .

وكذا لو أعار سفينة فوضع المستعير فيها متاعاً ثم طلبها المعير في اللجة وسط الماء :

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 264) وكشاف القناع (ج 4 ص 62) .

(2) البدائع (ج 6 ص 214) وأسهل المدارك (ج 3 ص 29) .

(3) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 94) والأنوار (ج 1 ص 524) والبدائع (ج 6 ص 16) وأسهل المدارك (ج 3 ص 29) ومغني المحتاج (ج 2 ص 270) .

فلا ينبغي أن يجاب لطلبه لأجل الضرر . وقيل : له الأجرة من حين الرجوع من المعير ، كما لو أعاره أرضاً ليزرعها فرجع قبل انتهائه .

وكذا لو أعاره سلاحاً أو دابةً أو حافلةً أو نحو ذلك للغزو فالتقى الصفان ؛ فليس للمعير أن يرجع في العارية حتى ينكشف القتال ؛ لما في الرجوع أثناء القتال من ضرر كبير يحيق بالمسلمين .

وكذا لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليتشتر به عورته أو ليفرشه في مكان نجس ففعل : فليس للمعير أن يرجع ؛ لأن الرجوع يؤدي إلى بطلان الصلاة .

وكذا لو استعار شجرة يستتر بها في الخلوة فهي لازمة من جهة المستعير أيضاً ؛ دفعا للمحذور وهي الخلوة .

وكذا لو استعار ما يدفع به أذى الحر والبرد المهلكين : فليس له الرجوع لأجل الضرر .

وكذا لو استعار ما ينجم به من الغرق أو يُطْفئ به الحرق ؛ فليس له أن يرجع ؛ لئلا يتضرر المستعير ويُقاس على ذلك ما في معناه من الأمثال والوقائع مما تصبح معه العارية لازمة من أجل الحاجة أو الضرورة أو دفعا للضرر والوقوع في المحذور .

وجملة ذلك : أن عقد العارية جائز غير لازم ، ولكل واحد من العاقدتين أن يرجع في العارية ، لكنها يقرَّر لزومها - على سبيل الاستثناء - إذا كان المستعير يستضر برجع المعير أو يقع في المحذور . وذلك الذي عليه الشافعية والحنابلة وهو الظاهر من قول الحنفية (1) .

أما المالكية ، فذهبوا إلى لزوم العارية المقيدة ، فلو أُجِّلَت العارية بزمان أو انقضاء أجل : لَزِمَتْ ، وكذا تلزم إن كانت مقيدة بعمل ، وعلى هذا لو استعار دابةً لركوبها أو ليحمل عليها كذا : فليس للمعير أن يرجع قبل انقضاء العمل ، وكذا ما لو قُبِدَتْ بمدة كأربعة أيام أو أكثر أو أقل : فليس له الرجوع قبل انقضاء الأجل ، سواء كان المستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو غرس أو غير ذلك من وجوه الانتفاع .

وإذا لم يُقَيِّدها بأن أطلقت فالعبرة حينئذ بالعادة في مثلها ، أي : يلزمه أن يقيها تحت تسلط المستعير قدر ما ينتفع بها الانتفاع المعتاد . وقال أشهب : له أن يأخذ المعاز متى شاء (2) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 270) والأنوار ومعه حاشية الكمثري وحاشية الحاج إبراهيم (ج 1 ص 524) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 95) وكشاف القناع (ج 4 ص 65) والبذائع (ج 6 ص 215) .

(2) بلغة السالك على شرح الرردير (ج 2 ص 208) وأسهل المدارك (ج 3 ص 31) .

والراجع عدم لزوم إلا ما اشئتني وهو الذي عليه أكثر العلماء ؛ وذلك لأن العارية متبرئة من المعير وارتفاق من المستعير ، ولا يناسب ذلك الإلزام .

وعلى هذا لو استعار أرضاً لبني عليها أو لغيره فيها ثم بدا لصاحب الأرض (المعير) أن يخرجها منها ؛ فله ذلك سواء كانت العارية مطلقاً أو مؤقتة . فإن كانت مطلقاً ؛ فله أن يُجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن في تركه ضرراً بالمعير ؛ لأن الغرس أو البناء لا نهاية له .

وإذا قلع ونقض ؛ فلا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس أو البناء ؛ لأن الضمان إنما يجب بسبب الغرور من جهة المعير ؛ وليس ثمة غرور من جهته ؛ إذا أطلق العقد ولم يوثق فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت ، بل المستعير هو الذي غرر نفسه ؛ إذ حمل المطلق على الأبد .

أما إن كانت العارية مؤقتة فرجع المعير قبل الوقت ؛ صح رجوعه ؛ لأن العارية عقد لازم لكن يُكره ذلك ؛ لما فيه من خلف الوعد ، وإذا رجع المعير في هذا ؛ ضمن ما نقص البناء والغرس بالقلع ؛ لأن المستعير مغرور من جهة المعير حيث وقت له ، والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه ؛ دفعا للضرر عن نفسه . وقيل ؛ يضمن صاحب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما من غير تضمين المعير قيمتهما فيكون له ذلك ؛ لأنه ملكه .

وقيل ؛ إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ؛ لأنه صاحب أصل والمستعير يتبع والترجيح إنما يكون بالأصل . وهو قول الحنفية ⁽¹⁾ .

أما الشافعية فقالوا ؛ إذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدة بأن أطلق ثم رجع بعد أن بنى المستعير أو غرس ، فإنه ينظر ، إن كان المعير قد شرط عليه القلع مجاناً أي بلا أرض لنقصه ؛ لزمه قلعها ؛ عملاً بالشرط ، فإن امتنع فللمعير القلع ، ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شُرطت ، وإلا فلا تلزمه .

وإذا لم يشرط عليه القلع ؛ فإنه يُنظر ؛ إن اختار المستعير القلع ؛ قلّع بلا أرض ؛ لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه ، ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح في المذهب ، وقيل ؛ تلزمه التسوية . وإذا لم يختار المستعير القلع ؛ لم يقلع المعير مجاناً ؛ لأن ذلك وضع في الأرض بحق فهو محترّم بل للمعير الخيار بين أن يُبقي الغراس أو البناء بأجرة مثله ، أو يقلع ويضمن أرض

(1) البدائع (ج 6 ص 217) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 14 ، 15) .

النقص ، وهو قدرُ التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوباً ، وقيل : أو يملكه المعيرُ بقيمته .
 وإذا لم يختَر المعيرُ واحدة من الخصال التي تُخَيَّر فيها : لم يقلع مجاناً إن أعطى
 المستعيرُ الأجرة ؛ لانتفاء الضرر ، وكذا إن لم يبذلها في الأصح ؛ لأن المعيرَ مقصّرٌ بترك
 الاختيار راضٍ بإتلاف منفعه .

أما العارية المؤقتة لبناء أو غراس أو غير ذلك فهي كالمطلقة في الأحكام إذا انتهت
 المدة أو رجع فيها ، لكن في المؤقتة يجوز للمستعير أن يفرس ويبني المدة بعد الأخرى ما
 لم تَنْقُضِ المدة أو يرجع المعيرُ ، أما في المطلقة فلا يفعل ذلك إلا مرة واحدة ، فإن قلع ما بناه أو
 غرسه لم يكن له إعادته إلا بإذن جديد إلا إن صرح له المعيرُ بالتجديد مرة بعد أخرى ^(١) .

وإذا أعاره أرضاً لزراعة مطلقاً : فليس له أن يرجع قبل إدراك الزرع والحصاد ؛ لما في
 الرجوع من الضرر ، بل عليه الإبقاء إلى الحصاد وله أجره المثل ، وهو قول الحنابلة ،
 والشافعية في الصحيح من مذهبهم ، وبه قالت الحنفية استحساناً ، وفي القياس للمعير
 أن يقلع الزرع كما في البناء والغراس ، ووجه الفرق بينهما : أن رعاية الحَقْن للمعير
 والمستعير واجب عند الإمكان ، وذلك ممكن في الزرع ؛ لأن لإدراكه وقتاً معلوماً فيمكن
 النظر من الجانبين وهما جانب المستعير ؛ إذ لا شك فيه ، وجانب المعير بترك الزرع إلى وقت
 الحصاد بالأجر ، ولا يمكن مراعاة ذلك في الغرس أو البناء ؛ لأنه ليس له وقت معلوم ^(٢) .

وثمة وجهان آخران للشافعية في المسألة خلافاً للصحيح من قولهم :

أحدهما : للمعير أن يقلع الزرع ويفرم أرشَ النقص .

ثانيهما : له أن يملك الزرع بالقيمة في الحال ^(٣) .

(١) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٧١ - ٢٧٣) .

(٢) البدائع (ج ٤ ص ٢١٧) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٦٦) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٧٣) والأُنوار (ج ١ ص ٥٢٤) .

(٣) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٧٣) والأُنوار (ج ١ ص ٥٢٥) .

صفة المستعار

المستعار في يد المستعير أمانة في حال الاستعمال ، فإن تلف في حال الاستعمال بالمعروف : فلا ضمان فيه على المستعير ، وهذا ما لا خلاف فيه . ووجه ذلك : أن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتيان الحاصل به ، وما أذن في إتلافه : لا يُضمن ، واشتراطُ المعروف في الاستعمال معتبر لعدم الضمان ، فإذا لم يكن الاستعمال بالمعروف : فإنه يضمن لحصول التعدي والتفريط . وذلك كحمل الدابة ما لا يحمله ، مثلها أو أن يحمل في الثوب المعار التراب فيتلف ⁽¹⁾ ، أما إذا تلف المستعار في يد المستعير في غير حال الاستعمال فحكم ذلك موضع خلاف ؛ فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يضمن كالغصب ، وهو مروى عن ابن عباس وأبي هريرة ويلحق بذلك ما لو تعيب بأفة سماوية : فإنه يجب الضمان . والضايط في الاستعمال ؛ هو كون التلف مضافاً إلى الاستعمال لا إلى أمر خارج عنه كما يقال : انمحق الثوب أو انسحق باللبس ، وتلفت الدابة بالركوب أو الحمل ، وانكسر السيف بالقتال : فلا ضمان في ذلك وأمثاله مما يكون فيه التلف حال الاستعمال .

أما التلف في غير حال الاستعمال فهو كما لو شرق الماعز أو تلف بهرق أو حرق أو وقع في بحر أو نحو ذلك من وجوه التلف بغير استعمال : ففيه الضمان كالغصب ، سواء كان المستعار مقيماً كالسك ، أو متقوماً كالحيوان ، وسواء كان التلف بأفة سماوية أو بفعل المستعير أو فعل غيره ، بتقصير أو غير تقصير ، شرط الضمان أو لم يشترطه ، وسواء كان التلف جسدياً كالملوت أو حكماً كالسرقة : فإنه يجب الضمان في ذلك كله ، فإنه يضمنه بقيمته يوم التلف ⁽²⁾ .

واستدلوا على ذلك بحديث صفوان : « بل عارية مضمونة » ⁽³⁾ .

وكذلك ما أخرجه الترمذي عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدّه » ⁽⁴⁾ .

(1) الأنوار (ج 1 ص 522) وكشاف القناع (ج 4 ص 71 - 73) والبدائع (ج 6 ص 217) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 522 ، 523) وكشاف القناع (ج 4 ص 72 - 73) والمغني (ج 5 ص 221) .

(3) أبو دأود (ج 3 ص 296) . (4) الترمذي (ج 3 ص 566) .

واحتجوا بالمعقول وهو أن المستعير أخذ ملك غيره لتفح نفسه منفردًا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف : فيضمن كالغصب ، والضمان يكون بقيمة المستعير يوم التلف ، ويوم التلف هو وقته سواء كان ليلاً أو نهاراً ، ولا فرق بين أن يكون التلف بتعد من المستعير وتفریط أو بغير ذلك ، ولو شرط نفي الضمان : لم يسقط ؛ لأن كل عقد يقتضي الضمان لم يغيره الشرط ، ولذلك فإن الشرط هنا فاسد ⁽¹⁾ .

أما الخفية فقالوا : إن العارية في يد المستعير أمانة فلا يضمنها بالتلف ، سواء تلفت في حال الاستعمال أو في غير حال الاستعمال .

واستدلوا على ذلك بالنظر وهو أنه لم يوجد من المستعير سبب لوجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان وذلك كالوديعة والإجارة ؛ وذلك أن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، وفعل المستعير هنا هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان . أما العقد : فهو عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو إباحة على اختلاف الأصول ، وهو ما بيناه سابقاً .

وأما القبض : فهو كذلك لا يصلح سبباً لوجوب الضمان ؛ وذلك لأن قبض مال المعير حصل بإذنه ، والقبض المأذون فيه لا يكون تعدياً ؛ لأنه لا يقوّت يد المالك ، ولا ضمان إلا على المتعدي . قال سبحانه وتعالى : ﴿ فَلَا عُذْرَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ ⁽²⁾ .

وجملة قولهم في ذلك : أن العارية أمانة فإن هلكت من غير تعد لم يضمنها المستعير ؛ لأن لفظ العارية لا ينبئ عن التزام الضمان ؛ لأنه تملك المنافع بغير عوض أو لإباحتها ، والقبض لم يقع تعدياً ؛ لكونه مأذوناً فيه ، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً ⁽³⁾ .

(1) كشاف الفتاوى (ج 4 ص 70 ، 71) والأقنوع (ج 1 ص 522 ، 523) .

(2) سورة البقرة الآية (193) .

(3) تنقيح الأفكار (ج 9 ص 6 ، 7) والبدائع (ج 6 ص 217) .

فسخ العارية

تنفسخ العارية بجملة أسباب منها :

أولاً : انقضاء المدة المتفق عليها بين العاقدَيْن وذلك في العارية المؤقتة .

ثانياً : الرجوع من أحد العاقدَيْن . فقد بينا أن عقدَ العارية غير لازم ، ولذلك فإن لكل واحد من طرفي العقد أن يرجع فيه متى شاء ، سواء في ذلك العارية المطلقة أو المقيدة على الخلاف في ذلك ⁽¹⁾ .

ثالثاً : موت المعير أو المستعير . فإنه يموت أحدهما تبطل العارية ؛ لأنها عقد جائز من الطرفين ، وعلى هذا إذا مات المعير وجب على المستعير أو ورثته - إن مات - ردُّ المعار فوراً وإن لم يطلبه المعير . فإن أئخر الورثة الردَّ لعدم تمكنهم : ضمنوا ولا أجرة للمعير . وإذا أئخروها وهم متمكنون من الردَّ : ضمنوها مع الأجرة ، ولا يبرأ المستعير إلا بردها للمالك أو وكيله وليس لنحو ولده أو زوجته وهو قول الشافعية والحنابلة ، وعلى المستعير أن يردها إلى الموضع الذي أخذها منه ⁽²⁾ .

أما الحنفية فقالوا : إذا ردَّها المستعير مع ولده أو أجيده : لم يضمن ⁽³⁾ .

رابعاً : انعدام أهلية التبرع من أحد العاقدَيْن . وذلك كما لو أصاب المستعير أو المعير جنوناً أو إغماءً ، فإنه تنفسخ به العارية . فلو جُنَّ المستعير أو أُغْمِيَ عليه لسبب من الأسباب : انفسخت الإعارة ولا بد من الإذن ثانياً بعد الإفاقة ، وإلا حُرِّمَ عليه استعمال المعار وضمن ، وكذا لو حصل ذلك للمعير فإنها تنفسخ ووجب ردُّ المعار له .

وكذا الحَبْرُ للشَّقْوِ أو الفلَس على المعير ، فإنه تنفسخ العارية ولا تنفسخ بحجر الفلَس على المستعير . وهو قول الشافعية ⁽⁴⁾ .

على أنه يُستثنى من ذلك ما لو أعار أرضاً للدفن ميتٍ محترم فدفنَ ، فإنه لا يصح الرجوع في العارية هنا حتى يندرس أثر الميت ؛ محافظةً على حرمة ؛ لأن نبش القبر حرام ؛ لما فيه من هتك حرمة المؤمن حال مماته ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 218) ومغني المحتاج (ج 2 ص 270 ، 273) وكشاف القناع (ج 4 ص 73) .

(2) كشاف القناع (ج 4 ص 73) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 95) .

(3) نتائج الأفكار (ج 9 ص 17) . (4) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 95) .

(5) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 95) والبدائع (ج 6 ص 214) .

الوديعة

الوديعة : مفرد ، وجمعه : الودائع ، والوديعة في اللغة : ما استودع ، أي ما استُخِفَظ (1) . وفي الشرع هي : اسمٌ للمال المدفوع إلى من يَحْفَظُه بلا عوض (2) .
وقيل : هي توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص (3) .
وقيل : هي التسليط على حفظ المال بلا عوض . أو هي العقدُ المقتضي للاستحفاظ .
فهي بذلك أمانة في يد المودع - بالفتح - إذا هلك ، لم يضمنها ما لم يقصر في حفظها (4) ؛ وذلك للحديث : « لا ضمان على مؤتمن » وفي حديث آخر بنفس السند : « من استودع وديعة فلا ضمان عليه » (5) .

شرعية الوديعة

ثبتت شرعية الوديعة بكل من الكتاب الحكيم والسنة المطهرة ثم الإجماع .
أما الكتاب الحكيم ، فقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ (6) .
وكذا قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْبَلُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَقُولُوا آمَنَّا بِمَا نَسَلُّونَ ﴾ (7) .
وكذا قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ زَعُونَ ﴾ (8) .

أما السنة ، فمنها ما رواه الطبراني عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن رسول الله ﷺ أنه قال لمن حوله من أمته : « اكْفُلُوا لي بـسْتِ اكْفُلْ لكم بالجنة » قلت : ما هن يا رسول الله ؟ قال : « الصلاة ، والزكاة ، والأمانة ، والفرج ، والبطن ، واللسان » (9) .
وأخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أئتمن خان » (10) .

(2) كشف القناع (ج 4 ص 166) .

(1) لسان العرب (ج 8 ص 386) .

(3) مغني المحتاج (ج 3 ص 79) .

(4) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 96) ونتائج الأفكار (ج 11 ص 414) .

(5) أخرجه البيهقي في المنان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (ج 6 ص 284) . وقيل : حديث ضعيف .

(6) سورة النساء الآية (58) .

(7) سورة الأنفال الآية (27) .

(8) انظر الترغيب والترهيب (ج 4 ص 3) .

(9) سورة المعارج الآية (32) .

(10) رواه البخاري (111/1) رقم (33) ومسلم (71/1) رقم (59) وانظر الترغيب والترهيب (ج 4 ص 9) .

وروى أحمد والبخاري والطبراني في الأوسط وابن حبان في صحيحه عن أنس (رضي الله عنه) قال : ما خطبنا رسول الله ﷺ إلا قال : « لا إيمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » (1) .

وفي ذلك وغيره من النصوص ما يدل على شرعية الوديعة وأنها من فضائل الأعمال التي يؤتمن فيها المودع على حفظ الأمانات ليكون له في ذلك قرينة ، وقد أجمع العلماء في كل عصر على شرعية الوديعة .

ومن الاستدلال بالنظر أن الوديعة تقتضيها حاجة الناس ؛ لأنه يتمتع عليهم حفظ جميع أموالهم بأنفسهم ، ولو لم تُشرع لحاق بالناس حرج (2) .

تفصيله

يَجْدُرُ التَّنْبِيْهُ هنا على أن الوديعة لا تُقْتَصِرُ في معناها على الأمانة ؛ فليس اللفظان مترادفين ليكونا عبارتين عن معنى واحد ، بل إن الوديعة خاصة والأمانة عامة ، وحملُ العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً ، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد ، كما لو هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في جحر غيره (3) .

(1) انظر الترهيب والترهيب (ج 4 ص 11) .

(2) كشف القناع (ج 4 ص 166) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 97) ومغني المحتاج (ج 3 ص 79) .

(3) نتائج الأفكار وبهاشيه شرح العناية (ج 8 ص 485) ومغني المحتاج (ج 3 ص 79) وكشاف القناع (ج 4 ص 167) .

أركان الوديعة

للوديعة أربعة أركان هي :

الركن الأول : المودع - بكسر الدال - وهو ربّ الوديعة .

وشروطه أن يكون جائز التصرف مثلما يشترط في الموكّل ، وهو أن يكون بالغاً عاقلاً حراً ، فلو أودع صبيّ أو مجنون أو سفيه أو عبداً مالاً : لم تصح وديعته ؛ لعدم أهليته . وذلك الذي عليه الجمهور في الجملة ، على أن الحنفية والمالكية لم يشترطوا البلوغ فتصح الوديعة من الصبي المأذون ؛ لأنه من أهل الحفظ ، وكذا الحرية ليست عندهم شرطاً ⁽¹⁾ .

الركن الثاني : الوديع أو المودع - بالضّغ -

وشروطه شرط المودع في الركن الأول السابق . وجملته : أن يكون جائز التصرف فهو كالوكيل ، فشرط العاقدَين شرط الموكّل والوكيل ؛ لأن الوديعة عبارة عن استئابة في الحفظ ، فمن صححت وكالته صح إيداعه ، ومن صح توكيله صح دفع الوديعة إليه ، وعلى هذا فإنه لا تصح الوديعة من الصبي والمجنون والسفيه والعبد ، فإن تلفت عند فاقد الأهلية كهؤلاء ولو بتفريط منه : لم يضمن . وهو قول الجمهور في الجملة إلا قول الحنفية والمالكية في عدم اشتراط البلوغ والحرية ⁽²⁾ .

على أن قبول الوديعة مستحب كما بيناه سابقاً في الجملة ، وذلك لمن يعلم من نفسه الأمانة ، أي أنه ثقة قادر على حفظ الوديعة وكان ثم مثله من يقدر على حفظها ، وإذا كان يعلم من نفسه الأمانة وهو يقدر على حفظها وليس ثم من يحفظها غيره كان قبول الوديعة في حقه واجباً .

أما إذا لم يجز من نفسه الأمانة وهو غير قادر على حفظها : فيحزم في حقه أن يقبل الوديعة ؛ لأنه يعرضها للتلف أو الضياع ⁽³⁾ .

(1) الأنوار (ج 2 ص 40) ومعني المحتاج (ج 3 ص 80) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 198) وكشاف القناع (ج 4 ص 167) والبدائع (ج 6 ص 206) .

(2) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 198) والأنوار (ج 2 ص 40) وكشاف القناع (ج 4 ص 167) والبدائع (ج 6 ص 206) .

(3) الأنوار (ج 2 ص 40) ومعني المحتاج (ج 3 ص 79) وكشاف القناع (ج 4 ص 167) .

الركن الثالث : الوديعة .

وشرطها أن تكون مما يُتموّل . فيدخل في ذلك صحّة إيداع جلد الميتة بعد طُهره بالذباغ وكذا الزُّبُل والكلب المُتعلّم وغير ذلك مما يُتَمَن ، أما إن كان غير متمول : فلا تصح فيه الوديعة كالخمر والتبغ والكلب الذي لا يُقتنى ونحو ذلك مما لا يُحترم ⁽¹⁾ .

الركن الرابع : الصيغة .

وهي الإيجاب والقبول . إذ يقول لغيره : أودعتك هذا الشيء ، أو أخفّضت هذا الشيء لي ، أو أخذت هذا الشيء وديعةً عنك ، وما يجري مجراه ، ثم يقبله الآخر ، فإذا تحقق ذلك فقد تم عقد الوديعة . وبذلك فإنه يُشترط في صيغة المودع - وهو ربّ الوديعة - التلقّي باللفظ ، وهو إما صريح كقوله : استودعتك هذا ، أو أودعتك هذا ، أو هو وديعةً عنك ، أو استمخضتلك ، أو أثبتت في حفظه ، أو أخفّضته . وإما أن يكون اللفظ كتابةً فتعقد بها الوديعة مع النية كقوله : أخذه ، أو يكون ذلك مع القرينة كقوله : أخذه أمانة .

ولا يشترط في القبول أن يكون لفظاً بل يكفي فيه القبض فلو قبضه فقد قبِلَ ، حتى إذا فرط فيه فتلّف : ضمن . يستوي في ذلك ما لو كانت الوديعة منقولاً أو عقاراً . فإذا وضع مالاً بين يدي آخر ولم يتلفظ بشيء : لم يحصل الإيداع ؛ لعدم القبض ، ولو قبض : ضمن . ولو قال : أريد أن أودعك كذا ثم جاء به ووضعها وقال : هذا وديعةً عنك ، أو قال : أخفّضته ، فأخذه ، أو قال : قبِلْتُ ، أو ضمه : تمت الوديعة حتى لو تركه وذهب بعد ذهاب المالك : ضمن . وإذا لم يأخذ أو لم يتلفظ بالقبول : لم يحصل الإيداع ، فإذا تركه وذهب : فلا ضمان .

أما الآخر فسُفْتُكفي إشارته المُفهمة لتحقيق بها الصيغة ، بخلاف إشارة الناطق فإنه لا يُعتمدُ بها ⁽²⁾ .

ويخرج عن ذلك جملة أحكام ، منها : ما لو وضع ثوباً في المسجد وقال لآخر أخفّضه فقال : نعم أخفّضه ، فَرَقَدَ (نام) المتخفّض (الوديع) وقام القائل (المودع)

(1) كشف القناع (ج 4 ص 167) والأنوار (ج 1 ص 40) ومغني المحتاج (ج 3 ص 79) وأسهل المدارك (ج 3 ص 12) .

(2) البدائع (ج 6 ص 207) والأنوار (ج 2 ص 41) ومغني المحتاج (ج 3 ص 81) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 484) وكشف القناع (ج 4 ص 167) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 97 ، 98) .

وتركه فشرّق ضمن ، وذلك كما لو ترك باب الدار مفتوحاً وقال لآخر : اخفضّه ، فقبّل ، وضيّعها : فإنه يضمن للحصول التفريط بعد القبول ، ولو دخل شخص الحثام ولم يستحفظ الحمامي ملاسته : لم يجب عليه الحفظ ، فلو ضاعت لم يضمنها . فإن استحفظه وقبّل منه : فقد لزمه حفظها . وقيل : يجب عليه حفظها مطلقاً للمادة ، وجملته القول أنه لا يُشترط في الوديع القبول للوديعة لفظاً ، بل يكفي القبض لها كما في الوكالة بل أولى هنا ، سواء كانت الوديعة عقاراً أو مالاً منقولاً فإذا قبضها تمت الوديعة (1) .

والظاهر من مذهب الحنفية في المسألة عدم اشتراط القبض بل إنّ مجرد السكوت عقيب الإيجاب من رب الوديعة يكون قبولاً عرفياً . فلو وضع ثوبه بين يدي رجل فقال له : هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاغ : كان ضامناً ؛ لأن هذا قبولٌ للوديعة عرفياً (2) .

(1) مغني المحتاج (ج 3 ص 80) والأونوار (ج 2 ص 41) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 98) .

(2) تنالج الأفكار (ج 8 ص 484) .

حكم الوديعة

الوديعة عقدٌ جائز من الطرفين ، وهما المودع والوديعة . وبذلك يلتزم الوديعة بعد قبوله بحفظ الوديعة للمودع ؛ لأن الإيداع من جانب المالك - وهو المودع - عبارة عن استحفاظ وهو من جانب الوديعة التزام الحفظ ، وهو من أهل الالتزام فيلزمه ذلك إذا قبل . على أن العاقدين يجوز لكل واحد منهما الرد أو الاسترداد في أي وقت كان وذلك لجواز عقد الوديعة وعدم لزومه ، وعلى هذا فالمودع له أن يسترد الوديعة متى شاء ؛ لأنه المالك . وكذا الوديعة له أن يردها ؛ لأنه متبرع بالحفظ ، على أنه ينبغي أن يُقيد جواز الرد من الوديعة بحالة لا يلزم فيها قبول الوديعة . فإذا كان قبولها في حق مفروضاً كان ردّها حراماً ، أما إن كان بحالة يُتدب فيها القبول كان الرد في حق خلاف الأولى كما بيناه سابقاً . على أن الأصل في الوديعة قيامها على الأمانة أي أن الأمانة ليست فيها تبعاً ، بل هي مقصودة فيها سواء أكانت بجعل أم لا ؟ والوديعة يحفظها للمالك من غير أن يضمن ؛ فإنه لو ضمن لزغب الناس عن قبول الودائع ، حتى لو أودعه بشرط أن تكون الوديعة مضمونة عليه ، أو أنه إذا تعدى فلا ضمان عليه : لم تصح الوديعة ؛ لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ⁽¹⁾ .

ما يكون به ضمان الوديعة

بيننا أن الوديعة أمانة لا يضمنها الوديعة إلا بالتعدي أو التفريط والتقصير ، ويقع ذلك على جملة صور أو أنواع هي :

أولاً : التقصير في الإحراز ، فإن حفظ الوديعة من قبل الوديعة واجب ؛ لأنه بقوله لزمه الحفظ ، فعليه أن يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره أو حانوته أو كيسه أو صندوقه أو نحو ذلك ؛ لأنه ما التزم حفظها إلا فيما يحفظ فيه مال نفسه . ولو أخر إحرازها مع التمكن من المبادرة بالإحراز ، أو وضعها في غير حوز مثلها الذي تصان فيه من الضياع أو التلف : فقد ضمن ؛ لأنه عند الإطلاق يجب وضع الوديعة في حوز مثلها وهو ما تُقَطَّع ، فيه يد السارق . ولو أودعه دراهم في البيت وقال له : اخفظها فربطها في كُمه أو في كور عمامته مع إمكان الإحراز في الصندوق : ضمن . ولو وضعها في حوز مثلها أو في أحرز منه ثم

(1) معني المحتاج (ج 3 ص 81) ، والبدائع (ج 6 ص 207) وكشاف القناع (ج 4 ص 167) .

نقلها إلى حرز هو حرزٌ مثلها : لم يضمن . ولو أودعه إناءً فأخذه ليضعه في حرزٍ مثله فأصابه شيءٌ فانكسر : لم يضمن ، وإن أصابه بفعله : ضمن سواء كان مخطئاً أو عامداً . ولو أودعه دراهم في سوق أو في طريق مطلقاً فربطها في كُتبه أو أمسكها بيده فقد أحرزها ، وذلك حفظ تامٌ لها .

وكذا لو وضعها في جيبه وهو ضَيِّقٌ ليتمكن ضبطه : لم يضمن ، أما إن كان واسعاً لا يمكن ضبطه : فإنه يضمن . ولو أمسكها باليد : لم يضمن وإن أخذها غاصب . أما إن سقطت الوديعة بغفلة أو نوم : فقد ضمن ؛ لأنه بالغفلة أو النوم تصيح الوديعة في غير حرز . وكذلك لو أودعه كيساً من الدراهم في الطريق فأخذه القطّاع ، فإنه ينظر ، فإن حفظه في محل يُحفظ فيه مثله في مثل ذلك الوقت عادة : فلا ضمان عليه ، وذلك كما لو حفظه في كفه أو وسطه أو بين رجليه ، ولو ترك حمّازه في صَحنٍ نحاسٍ وقال لصاحب الخان : احفظه لئلا يخرج فقيلَ وكان يُنظرُهُ فخرج في بعض غفلاته : لم يضمن ؛ لأنه لم يُقصر في الحفظ المعتاد ؛ فهو إذ جعله في وسط الخان فقد أحرزه . ولو شَرِقت الثياب من الحمام وصاحب الحمام جالسٌ مستيقظٌ : لم يضمن . وإن قام أو نام وليس له نائبٌ : فإنه يضمن ؛ لأن حال الحمام وصاحبه يَقْطَعُ تُعتبر حرزاً ، فإن ذهب صاحب الحمام أو نام فقد ذهب الحرز (1) .

ثانياً : المخالفة في الحفظ ، وذلك موضعٌ تفصيل نعرض له بالبيان والتتمثيل : فلو قيده المودع على نحو مخصوص فعدل الوديعة إلى وجه آخر وتلفت الوديعة ، فإن كان سبب التلف الجهة المعدول إليها : ضمن ، وإن كان بسبب آخر : فلا يضمن .

ولو أودعه مالاً في صندوق وقال له : لا تزقُدْ عليه فزقَدَ عليه وانكسر بالثقل وتلف ما فيه : فقد ضمن . وإن كان الوديعة في بيتٍ مُحَرَّزٍ وأخذ اللصُّ الوديعة من رأسه أو جيبه : فلا ضمان ، ولو قال له : لا تُثْقِلْ عليه فأثْقَلَ ، أو لا تُثْقِلْ عليه فثَقَّلَ بِلِ ثَقْلًا واحداً فأثْقَلَ ثَقْلَيْنِ : لم يضمن ؛ لأنه زاد في الحفظ ولم يقصر .

والأصل في ذلك : أن كُلَّ شرطٍ يمكن مراعاته ويُنفَّذُ فهو معتبرٌ ، وكلُّ شرطٍ لا يمكن مراعاته ولا ينفَّذُ فهو هَدَرٌ ، وذلك باتفاق العلماء . وعلى هذا لو أودعه دراهم

(1) الأنوار (ج 2 ص 41) والبدائع (ج 6 ص 209) ومغني المحتاج (ج 1 ص 87) وكشاف القناع (ج 4 ص 168 ، 169) .

وقال له : اربطها في كُمك فأمسكها بيده فصاحت ، فإنه يُنظر ، إن أخذها غاصب : فلا ضماناً على الوديع ؛ لأن اليد أحرز - والحالة هذه - من الكم ، أما لو سقطت بنوم أو نسيان : فإنه يضمن ؛ لأن الربط في الكم أحرز من المسك باليد في حالة النوم أو النسيان .

ولو أودعه دراهم في سوق أو طريق وقال له : احفظها في البيت ، وجب عليه أن يمضي في الحال إلى بيته ، فإن أخر بلا عذر : ضمن . وإن أودعها في البيت وقال : احفظها فيه فربطها في الكم وخرج بها : ضمن ؛ لأن جزأ الكم خارج البيت هو دون حرز البيت .

ولو عيّن للوديعة مكاناً وقال : احفظها في هذا البيت أو الدار أو المحلة ولم ينهه عن النقل فنقلها إلى الأدون في الخوازة : ضمن حتى وإن كان المقول إليه حرزاً للملها ؛ لأنه نقلها من الحرز الأحسن إلى الأدون فكان سبباً في الضياع أو التلف . أما إن نقلها إلى مثل الحرز الأول : لم يضمن إلا إن كان التلف بسبب النقل ، كأنهدام الدار التي نُقلت إليها الوديعة : فيضمن .

ولو نهاه عن النقل فقال : احفظها في هذا المكان ولا تثقل ، فإن نقل بلا ضرورة : ضمن ، وإن كان لضرورة : لم يضمن ، وذلك كالنقل لضرورة كغارة أو حريق أو غرق أو غلبة لأُصول : لم يضمن إن كان الثاني حرزاً للملها ، وإن لم يكن ولم يجد غيره : فلا يضمن . ولو ترك النقل في مثل هاتيك الحالات من الضرورة فتلفت الوديعة : ضمن ؛ لأنه مُقتصر ، ولو قال له : لا تثقل حتى وإن حدثت ضرورة ، فإن نقل : لم يضمن .

وكذلك إن ترك النقل : لم يضمن أيضاً ؛ لأنه في الأولى عمل بالأحسن وهو اختيار النقل ؛ لتجنيّة الوديعة من الهلاك أو التلف ، وفي الثانية قد عمل بما ألزمه به المودع .

ولو قال له : احفظها في هذا البيت ولا تُدخل إليها أحداً ولا تستعن على حفظها بأحد مخالف ، فإن تلفت بالمخالفة بأن سرقها المُدخل أو المستعان به : ضمن ، أما إن سرق غيره ، أو وقع حريق : لم يضمن .

ولو أودعه خاتماً وقال : اجعله في البئصر فجعله في الخنصر ، فإن كان لا يُدخل إلى أصل البئصر : لم يضمن إلا أن ينكسر لغلطها ، وإن كان ينتهي : يضمن . وإن قال : اجعله في الخنصر فجعله في البئصر : لم يضمن إلا أن ينكسر لغلطها ⁽¹⁾ .

(1) الأنوار (ج 2 ص 42 ، 43) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 99 ، 100) والبدائع (ج 6 ص 210) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 201) .

ثالثاً : الخلط . فإذا خلطَ المودعُ الوديعةَ بماله خلطاً لا يتميز : فإنه يضمن ؛ لأن الخلطَ الذي ينتهي معه التمييزُ يُعتبر تعدياً ، فيجب معه الضمان ، ولأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالكُ من الانتفاع بالوديعة فكان الخلطُ من الوديع إطلافاً ، فيضمن . أما إن أمكن تمييزَ المخلوط ، كما لو كانت دراهمُ فخلطها بدنانير ، فإنه لا يضمن إلا أن يحدث بالخلط نقص فيضمنه (النقص) .

والضابط هنا هو سهولة التمييز وليس مجرد التمييز ، فلو خلط جِثَّةً بشعير : فإنه يضمنه ؛ لأنه مما يعسر التمييزُ بينهما ، ولو اختلطت الوديعةُ بمال الوديع بنفسها من غير ضئعه : لا يضمن وهو شريكٌ لصاحبها ؛ وذلك لانعدام الإتلاف من جهة الوديع ، إذ تلفت بنفسها ، أما كونه شريكاً لصاحبها فيلوجود معنى الشركة وهو اختلاط المالكين .

ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم ، فخلط المودعُ المالين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم : يضمن الوديعُ لكل واحد منهما ألفاً ويكون المخلوط له ، وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس منها بالجنس خلطاً لا يتميز ، كالحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدهن بالدهن : فإنه يضمن للمودع قيمة الوديعة إن كانت قيمة ، ومثلها إن كانت مثلية . وهو قول الجمهور وفيهم الشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو قول الإمام أبي حنيفة . ووجه ذلك : أنه لما خلطهما خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلطُ منه إطلافاً للوديعة لكل واحد منهما فيضمن لهما .

وقال الصحاح : هما بالخيار إن شاء اقتسما المخلوط نصفين ، وإن شاء ضَمَّنَا الوديعَ قيمةَ الوديعة أو مثلها . ووجه قولهما : أن الوديعةَ قائمةٌ بعينها لكن المالك عجز عن الوصول إليها بعرض الخلط ، فإن شاء اقتسما ؛ لاعتبار جهة القيام ، وإن شاء ضَمَّنَا الوديعَ ؛ لاعتبار جهة العجز .

ولو أودعه رجلٌ حنطةً وآخر شعيراً ، أو أودعه أحدهما حنطةً والآخر زيتاً ، أو نحو ذلك فخلطهما : فإنه يضمن لكل واحد منهما مثل حقه . وهو قول الجمهور ؛ لأن ذلك إتلافٌ فيجب فيه الضمانُ على الوديع ، خلافاً للصاحبين ؛ إذ قالوا : لهما أن يأخذوا العينَ ويبيعاها ويقتسما الثمن^(١) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ٢١٣) ونتائج الأفكار (ج ٨ ص ٤٨٨) ومعني المحتاج (ج ١ ص ٨٧) وكشاف القناع (ج ٤ ص ١٧٧) وأسهل المدارك (ج ٣ ص ٣٦) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ١٩٩) .

رابعاً : التضييع . وهو من حيث حقيقته أو معناه يشمل صوراً شتى من أنواع التفريط ، فيجب الضمان على الوديع . وذلك كما لو وضع الوديع الوديعة في غير حرز مثلاً بغير إذن مالِكها ولو كان قَصْدُه إخفاءها : فإنه بذلك يضمن ؛ لأن الودائع مأمورٌ بحفظها في حرز مثلها ، وكذا لو دُلَّ عليها سارقاً بأن يُحْتَرَفَ له مكان الوديعة فتضييع بالسرقة ، وكذا لو دُلَّ عليها من يصادر المالك فيها بأن عين له موضعها فضاعت بذلك : فإنه يضمن ؛ لمنافاة ذلك للحفظ ، بخلاف ما إذا أعلمه بها غير الوديع : فلا يضمن ؛ لأنه (الوديع) لم يتسبب في تضييعها ، وكذلك لا يضمنها من أعلمه بها ؛ لأنه لم يلتزم بحفظها . ولو أعلم الوديع اللصوص بها ، فإن عين لهم موضعها : ضمن ، وإن لم يعين : فلا يضمن . ولو أعلمهم بها الوديع وغيره : فلا شيء على غيره ، وعليه هو الضمان ؛ لأنه هو الذي أَلَرَمَ نفسه بحفظها .

ولو نهاه المودع عن دخول أحدٍ عليها ، أو عن الاستعانة على حفظها بحارس ، أو عن الإخبار بها ، فخالقه في ذلك : ضمن ، وذلك إن أخذها الداخل عليها أو الحارس لها أو تلفت بسبب الإخبار ، أما إن أخذها غير من ذَكَرَ المودع أو تلفت بغير الإخبار : فلا ضمان عليه ؛ لعدم تفريطه .

ولو أكرهه ظالمٌ على تسليم الوديعة فسَلَمَها إليه : كان للمالك تضمينه ، ثم يرجع الوديع على الظالم لاستيلائه عليها . ووجه التضمن : هو تسليم الوديعة ، ويستوي في ذلك ما لو كان التسليم اختياراً أو اضطراراً . وهو قول الشافعية في الأصح من مذهبه وفي قولهم الثاني : ليس له تضمينه للإكراه بل يطالب الظالم .

ولو أخذ الظالم الوديعة بنفسه قهراً من غير دلالة الوديع عليها : فلا ضمان على الوديع كما لو سرقت ، بل الضمان على الظالم جزمًا .

على أن الوديع يجب عليه أن ينكر الوديعة عن الظالم وأن يمتنع من إعلامه بها ما استطاع ، فإن ترك ذلك مع القدرة عليه : ضمن . ولو كُلفَ الحَلِفَ ليحفظ الوديعة حَلَفَ على أن يُؤدِّيَ في يمينه إذا أمكنته التورية ؛ لئلا يحلف كاذباً ، فإن لم يتمكن من التورية حلف وكَفَّرَ عن يمينه ، وبخاصة إذا كان في عدم الحلف ما يُؤدِّي إلى قتل الوديعة أو الفجور بها كما لو كانت رقيقاً (1) .

(1) معنى المحتاج (ج 3 ص 88) والأنوار (ج 2 ص 44) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 201) .

ولو ضيَّع الوديعة بالنسيان : ضمن ، وكذا لو دفنها في حرز ثم نسيته ، وكذا لو قعد في الطريق ثم قام ونسي الوديعة : فإنه يضمن .

خامساً : استعمال الوديعة أو الانتفاع بها . فإن ذلك من عوارض الضمان ، وذلك كما لو تعدَّى الوديعُ فانتفع بالوديعة بركوبها إن كانت دابةً ، أو بلبسها إن كانت ثوباً ، فإن كان ذلك لغير عذر : ضمن . أما إن كان انتفاعه لعذر : فإنه لا يضمن ، والعذر ما فيه تحقيقٌ لمصلحة المودع كأن يركب الدابة لسقيها أو يلبس الثوب ؛ كيلا يفسده العُثُّ ونحو ذلك .

ولو قرأ الكتاب وهو وديعةٌ عنده ، من غير أن يأذن له صاحبُ الكتاب فتلف : ضمنه . ولو أودعه خاتمه وأمره بلبسه في يختصره فجعله في بنصره : فلا يضمن ؛ لأنه أحرز ؛ لكونه أغلظ . فإن انكسر ليغلظ البنصر : ضمن .

ولو أخذ الدراهم لينفقها في حاجته بغير إذن المالك : ضمن وإن لم ينفقها ؛ وذلك لاقتران الفعل وهو الأخذ بنية التعدي ، أي أن الإخراج بقصد الاستعمال صيانة . لكنه لو نوى أن يأخذها لنفسه ولم يأخذها : لم يضمن ؛ لأنه لم يحدث فعلاً . وذلك الذي عليه الجمهور ^(١) .

وثمة قول للمالكية وهو أن الوديع إن كان مليئاً (غنياً) فله أن يتصرف في الوديعة مع الكراهة ؛ لأن المليء هنا هو مظنة الوفاء ، بخلاف المئدم فلا يجوز له التصرف . على أن محل الكراهة في حق المليء إذا لم يكن ظالماً ، وإلا حرم عليه التصرف ^(٢) .

سادساً : التقصير في دفع المهلكات . وذلك من عوارض المهلكات أيضاً ، فالوديع إذا لم يدفع أسباب الهلاك أو ما فيه إتلافٌ للوديعة : ضمن ؛ لتفريطه ؛ لأن دفع المهلكات عن الوديعة واجبٌ عليه عند القدرة ؛ لأن ذلك من حفظها . وعلى هذا لو وقع حريقٌ في الدار أو الجوار فترك الوديعة حتى احترقت : ضمن حتى وإن ناهى المالك عن النقل ؛ لأن واجبه حفظها ، ومن واجبه النقلُ عند الحريق . لكنه يُستثنى من ذلك ما لو وقع في خزانة الوديع حريقٌ فبادر لنقل أمتعته فاحترقت الوديعة : لم يضمن كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فبادر لنقل بعضها فاحترق ما تأثر نقله .

(١) مغني المحتاج (ج ٣ ص ٨٩) والأنوار (ج ٢ ص ٤٥) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١١) وكشاف القناع (ج ٤ ص ١٧٦) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ١٩٩) .

(٢) بلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢٠٠) وأسهل المدارك (ج ٣ ص ٣٤) .

وكذلك لو أشرفت الدائر على الانهدام على الوديعة فلم ينقلها : ضمن . ولو أودعه دابةً وقد أمره بالغلف والسقي ، فامتنع حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل هذه المدة : دخلت في ضمانه ، فإن ماتت : ضمنها ، وإن لم تمت بل نقصت : ضمن النقص لتقصيره ، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات من حيث قدرتها على التحمل .

ولو نهاه عن غلب الدابة وسقيها فماتت بسبب ترك ذلك : لم يضمن على الصحيح من مذهب الشافعية ؛ وذلك للإذن في إتلافها ، فهو كما لو قال : أقتل دابتي فقتلها . وقولهم الثاني : يضمن ، إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الشرع ، وإذا لم يأمره ولم ينهه : فقد لزمه أن يغلفها ويسقيها من مال المودع ولم يلزمه ذلك من ماله .

وإذا أطلق المودع في الأمر بالغلف والسقي رفع الوديعة إلى الحاكم ليقترض عليه أو يبيع جزءاً من الوديعة أو يؤجرها ، فإن لم يفعل حتى ماتت : ضمن .

أما من حيث الموضع الذي تحفظ فيه الوديعة فإنه إن غلفها وسقاها حيث يحفظ ويغلف ويسقي دوابه من داره أو لإصطبله فقد وقفي بالحفظ ، وإن أخرجها وكان يفعل ذلك بدوابه لضيق المحل وغيره : فلا ضمان : أما إن كان لا يفعل ذلك بدوابه بل كان موضع دوابه يسهل الوديعة أيضاً ، فإن كان في الإخراج خوف : ضمن ، وإن لم يكن خوف : فلا يضمن .

أما من حيث الذي يحفظها ويعلفها ويسقيها ، فإنه لو بعثها مع أمين يسقيها أو يعلفها حيث يجوز إخراجها لذلك : لم يضمن في الأصح من مذهب الشافعية ؛ وذلك لجريان العادة بمثل ذلك . وقولهم الثاني : أنه يضمن لإخراجها من حرزها على يد من لم يأتمنه المالك .

ولو كانت الوديعة ثياباً من صوف أو شعر أو شجر أو نحو ذلك ، أو كانت بُسْطاً وأكسية : فعلى المودع أن يترصها للريح ، كيلا تُفسد بالعث⁽¹⁾ أو الدود ، وإن كانت ثياباً ليسها بنفسه لتغيب بها رائحة الأدمي فتدفع العث أو الدود ، وإن لم يفعل ففسدت : ضمن ، سواء أتره المودع أو لم يأمره . أما إن نهاه عن ذلك ففسدت : فلا ضمان .

وإن كانت الوديعة بُسْطاً أو فُرْشاً ونحوها ففرشها ، خشية العث ، أو كانت من

(1) العث : بضم العين ، وهو جمع ومفرده : الفلّة ، وهي الحشرة التي تلحق الصوف . تقول : عثّ الصوف : إذا نخره الحشوش . انظر مختار الصحاح (ص 412) .

نخشب فاستعملها ؛ خشية الأرضة : لم يضمن ؛ لأنه في ذلك كله محسنٌ وهو إنما يفعل ما فيه حفظٌ للوديعة من الفساد أو التلف .

وجملة ذلك كله : أن الوديعة يضمن بترك الحفظ ؛ لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت فإنه يضمن بذلها ، وذلك كما لو رأى إنساناً يشرق الوديعة وهو قادرٌ على منعه : ضمن لتروك الحفظ الملتزم بالعقد ⁽¹⁾ .

سابقاً : الإيداع عند غيره بغير عذر . وذلك كما لو أودع ولده أو زوجته أو قاضياً بلا إذن من المودع ، وليس له في ذلك عذر : فإنه يضمن ؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غيره - أي الوديعة الأول - ولا يده ، وعلى هذا لو أودع غيره فغفلت الوديعة : كان للمالك تضمينٌ من شاء منهما (الوديعة الأول أو الثاني) .

وذلك الذي عليه أكثر العلماء خلافاً للإمام أبي حنيفة ؛ إذ قال : من أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت : فقد ضمنها الوديعة الأول ، وليس للمودع تضمينٌ الثاني . ووجه قوله : أن يد الوديعة الثاني ليست بيد مائة بل هي يد حفظ وصيانة للوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان ؛ لأنه من باب الإحسان إلى المالك ، والله يحل قدرته يقول : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ ⁽²⁾ وبذلك لا يضمن الوديعة الثاني بل الأول .

أما وجه القول الآخر - وهو قول أكثر أهل العلم - فهو أن كل واحد من الوديعتين قد وجد منه سببٌ وجوب الضمان ، فالوديعة الأول قد دفع مال المودع لغيره بغير إذنه ، والوديعة الثاني قبض مال المودع بغير إذنه ، فكان كل واحد من هذين سبباً لوجوب الضمان فيتخير المالك (المودع) في التضمن ، فإن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني .

وبعبارة أخرى فإن المالك لم يرض أصلاً بأمانة غير الوديعة الأول ، فيكون هذا متعدداً بالتسليم لغير المالك بغير إذنه ، والوديعة الثاني متعدداً بالقبض من غير إذن المودع فيتحيز المالك بتضمن واحد منهما . لكنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان فتبين أنه أودع مال نفسه إياه ، فهو بذلك وديعٌ هلك الوديعة في يده فلا رجوع على الآخر ، وإن ضمن الثاني فله أن يرجع بالضمان على الوديعة الأول ؛

(1) مغني المحتاج (ج 3 ص 85) والأنوار (ج 2 ص 46) وكشاف القناع (ج 4 ص 177) والبدائع (ج 6 ص 211) .

(2) سورة التوبة الآية (91) .

لأنه غره بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور .

أما إذا أودعها غَيْرُهُ لعذر ، كمرض أو سفر : فإنه لا يضمن ، ولا فَوْقَ في ذلك بين سفر الضرورة وغيره على الصحيح ، وقيل : إن أودع القاضي الأمين : لم يضمن ؛ لأن أمانة القاضي أظهر من أمانته هو . على أنه يجوز للوديع أن يستعين بمن يحمل الوديعة معه إلى الخيول ، أو يضعها في خزانة مشتركة بينه وبين غيره ؛ لجرىان العادة بذلك ، كما لو استعان في سقي البهيمة وغلفها .

ولو أراد الوديع سفراً ولو قصيراً : فعليه أن يرد الوديعة إلى المالك ، أو وكيله مطلقاً ، أو وكيله في استرداد الوديعة خاصة ؛ ليُخْرَجَ من القهدة . فإن فَقَدَ المالك ووكيله بأن كانا مسافرين أو غائبين ردّها للقاضي إن كان أميناً ، وهذا يلزمه القبول في الأصح . فإن فَقَدَ القاضي أو كان غير أمين رَدَّ الوديعة إلى أمين غيره يأتمنه الوديع ؛ كيلا يتضرر بتأخير السفر ، ويجب عليه الإشهاد ؛ لأن الأمين قد يُكْثِرُ ، فإن ترك الوديع هذا الترتيب في الإيداع : ضمن لعدوله عن الواجب عليه .

ولو دفن الوديعة بموضع ، ولو كان جُزْأً وسافر : فإنه يضمن ؛ لأنه عَرَضَها للأخذ ، إلا أن يُثْلِمَ بها أميناً يَشْكُرُ الموضع الذي دُفِنَتْ فيه وهو حرٌّ يثْلِمُها . فلا يضمن في الأصح . وقيل : يضمن ؛ لأن هذا إعلام وليس إيداعاً ؛ لعدم التسليم . ولو أعلم بها أميناً لا يجوز الإيداع عنده : فقد ضمن . وهذا الإعلام ليس بشهادة بل هو التماس فكفني فيه امرأة . ولو أَوْذَعَ مالا مدفوناً فلم يجعل الوديع عليه علامة فنسي : ضمن وإن نسي المالك أيضاً . ومثلما يجوز الإيداع لعذر السفر ، فإنه يجوز لسائر الأعذار كالخوف من الغرق والحرق والغارة أو إشراف الحرز على الخراب مع فقد حرز آخر ينقلها إليه ⁽¹⁾ .

لأمانة : السفر بالوديعة : فلو أودع صاحب الوديعة حاضراً (مقيماً في الحضر) فأراد أن يسافر بها : لم يُجْزَ له ذلك ، فإن فعل : فقد ضمن وإن كان الطريق آمناً . وهو قول الشافعية ، والمالكية في الجملة ⁽²⁾ .

(1) معني المحتاج (ج 3 ص 81 ، 82) والألوار (ج 2 ص 47) والبدائع (ج 6 ص 208) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 495) وكشاف القناع (ج 4 ص 174) وأسهل المدارك (ج 3 ص 33) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 202) .

(2) معني المحتاج (ج 3 ص 83) والألوار (ج 2 ص 47) وأسهل المدارك (ج 3 ص 33) .

أما لو أودعها المالك مسافراً فمسافر بها ، أو أودعها منتجعاً^(١) فانتجع بها : فلا ضمان ؛ وذلك لرضا المالك بذلك وله إذا قِيمَ من سفره أن يسافر بها ثانياً لرضا المالك به ابتداءً إلا إذا دعت قرينة على أن المراد هو إحراز الوديعة بالبلد فيمتنع عليه إيداعها له .

أما إذا سافر بها لعذر كالجلاء - وهو الخروج عن الوطن - وكذا الحرق أو الغرق أو الغارة أو الفتنة : فلا ضمان عليه إذا عجز عن دفعها إلى صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ، على الترتيب . على أنه تلزمه المسافرة بالوديعة في مثل هذه الأحوال ، وإلا كان مضيقاً للوديعة فيضمن .

ولو عزم على السفر بالوديعة وقت السلامة وعجز عن دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين فمسافر بها : لم يضمن إن أَمِنَ الطريق ، أما إن كان الطريق غير آمن : فإنه يضمن . على أن السفر بها في حال السلامة جائز من غير عذر من حريق ونحوه ، فلا يضمن على الأصح ؛ لئلا ينقطع عن مصالحه ويثقل الناس عن قبول الودائع .

ولو هجم قُطَاع الطريق أو اللصوص حين السفر فألقى الوديعة في مضيق لها يقصد إحقاقها فضاعت : ضمنها ؛ إذ كان من حقّه أن يصبر حتى تؤخذ منه فتصير مضمونة على أخذها ، وكذا لو ألقاها في الصحراء أو دفنها تحت التراب . وهو قول الشافعية ، خلافاً للحنابلة ؛ إذ قالوا : لو ألقاها لا ضمان عليه في هذه الحال ؛ لأن هذه عادة الناس في حفظ أموالهم^(٢) .

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز للوديع أن يسافر بالوديعة إذا لم يخف عليها أو كان السفر أحفظ لها من إبقائها ولم يتهه ربّ الوديعة عن السفر بها .

وعلى هذا لا يضمنها إن تلفت معه سواء كانت به ضرورة إلى السفر أو لم تكن ؛ لأنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد . وإذا لم يكن السفر أحفظ للوديعة فلا يجوز له السفر بها . ولو استوى الأمران فلا يسافر بها ، فإن فعل : ضمن ، وإن ناه صاحبها عن السفر امتنع عليه السفر ، فإن سافر بها : ضمن للمخالفة ، إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد أو هجوم عدو أو حرق أو غرق : فلا ضمان عليه إذا سافر بها وتلفت ؛ لأنه موضع حاجة^(٣) .

(1) المنتجع - يفتح الجيم - : هو التزلّ في طلب الكلأ . والثنجفة - بالضم - هي طلب الكلأ في موضعه . انظر مختار الصحاح (ص 647) .

(2) الأنوار (ج 2 ص 47) وكشاف القناع (ج 4 ص 175) ومغني المحتاج (ج 3 ص 83) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 202) .

(3) كشاف القناع (ج 4 ص 174) .

أما الحنفية فقد أجازوا السفر بالوديعة في الجملة ، سواء كان السفر لعذر أو لغير عذر . ووجه قولهم : أن الأمر من المودع بالحفظ صَدَرَ مطلقاً عن تعيين المكان ، فلا يجوز التعيين إلا بدليل وبذلك جاز السفر بالوديعة وقالوا : لا وجه لمنع السفر بالوديعة فإن المفاضة محلٌّ للحفظ إذا كان الطريق آمناً . وهذا محمولٌ على استتباب الأمن في ظل الإسلام وهو أن تَحَقُّقَ رأيته في الآفاق فلا خوف إذ ذاك ولا فتنة .

وعلى هذا فإنه يجوز السفر بالوديعة سواء كان لها حَقْلٌ ومؤنة ؛ إذ هي ثقيلة ، أو لم يكن لها حمل ومؤنة ؛ إذ هي خفيفة . وهو قول الإمام أبي حنيفة . وقال الصاحبان : إن كان للوديعة حملٌ ومؤنة فلا يجوز السفر بها ، وإن لم يكن لها ذلك جاز السفر بها ⁽¹⁾ .

تاسعاً : الجحود . وهو أن يَجْحَدَ الوديعة بعد أن يطلبها المودع ، فإن طلبها وجحدها الوديع : ضمن حتى وإن جحدها ثم أقَرَّ بها ؛ لأنه يجحدها قد خان وخرج عن الاستئمان عنها فلم يَزُلْ عنه الضمان بالإقرار بها ؛ لأن يده صارت يدَ عدوان ، أما لو جحدها بعذر كما لو طالب صاحبها بها ظالم فطلبها صاحبها من الوديع فجحدها ؛ دفقا للظالم ، أو جحدها بلا طلب من مالكةا ، ولو كان الجحد بحضرة صاحبها ؛ كقول الوديع : لا وديعة عندي لأحد فإنه لا يضمن ؛ لأن إخفاءها أبلغ في حفظها ، ولو لم يطلبها المالك بل قال : لي عندك وديعة فأنكر أو سكت : لم يضمن على الأصح ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرضٌ صحيح ، ولو جحدها بعد الطلب ثم قال : كنت غَلِطْتُ أو نسييت : لم يترأ من الضمان إلا أن يُصَدِّقَهُ المالك ⁽²⁾ .

قال الكاساني في هذا الشأن : ومنها (ما يُغَيِّرُ حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان) : جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه ، حتى لو قامت البينة على الإيداع أو تَكَلَّلَ المودع - بفتح الدال - عن اليمين أو أقَرَّ به : دخلت في ضمانه ؛ لأن العقد لما ظهر بالحُجَّة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده ؛ لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والوديع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مالٌ أغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً عليه ، فإذا هلك تَقَرَّرَ الضمان ⁽³⁾ .

(1) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 8 ص 490 ، 491) والبدائع (ج 6 ص 209) .

(2) معني المحتاج (ج 3 ص 91 ، 92) والأنوار (ج 2 ص 49) وكشاف القناع (ج 4 ص 76) والبدائع

(ج 6 ص 212) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 490) . (3) البدائع (ج 6 ص 212) .

ولو طالبه المودع برّد الوديعة فادّعى الهلاك بسبب تخفي ك السرقة والغصب والسقوط منه : صدّق يمينه . وإن ادّعى الهلاك بسبب ظاهر كالحرق أو الغرق أو الغارة ، فإن لم يُعرف ذلك هناك : لم يُقتل إلا ببينة ، وإن عُرف ، فإن عرف عموماً : صدّق بلا يمين ، وإن لم يذكر سبباً : صدّق يمينه . وإن نكل حلف المالك على نفي العلم واستحق⁽¹⁾ .

عاشراً : ترك الإيصاء : فإذا لم يُوص الوديعة حال دُتو الوفاة بظهور أسبابها : فقد ضمن . والأصل في ذلك أن الوديعة إذا مرض مرضاً مخوفاً فليُرَد الوديعة إلى مالكيها أو وكيله المطلق أو وكيله في قبضها ، وفي معنى المرض هنا الحبس ليقتل . وإذا لم يتمكن من ردّ الوديعة إلى أحدهما ردها إلى الحاكم الأمين إن وجده أو يوصي بها إليه ، وإذا لم يجد الحاكم الأمين ردها إلى ثقة أمين أو يوصي بها إليه كما لو أراد سفرًا .

وبعبارة أوجز فإن الوديعة إذا مرض مرضاً مخوفاً أو حُبِس ليقتل : فقد لزمه الإيصاء ، فإن تركه ضمن . وهو قول الشافعية ، والمالكية في الجملة .

على أن المراد بالوصية الإعلاني بها ووصفها بما يميزها أو يُشير إلى عينها من غير أن يُخرجها من يده . ولا بُدّ مع ذلك من الإشهاد ، فلو اقتصر على قوله : عندي وديعة ؛ فهو كما لو لم يُوص ، فإذا لم يفعل شيئاً مما ذُكر : ضمن لتقصيره ؛ لأنه عرضها للنفوس ؛ فإن الوارث يعتمد يده مورثه (الوديعة هنا) على الوديعة ويدعيها لنفسه . وكذا لو أوصى بها إلى فاسق أو أودعه إياها : ضمن .

على أن الضمان لعدم الإيصاء يكون بتلف الوديعة بعد الموت لا قبله ؛ وذلك لأن الموت كالسفر فلا يتحقق الضمان إلا به ، وهو المعتمد في مذهب الشافعية . وقيل : يتحقق الضمان بمجرد المرض المخوف ، فإذا حصل المرض صار الوديعة ضامناً للوديعة إذا لم يُوص بها . وعلى هذا لو تلفت الوديعة بأفة في حال مرضه أو بعد صحته : ضمنها كسائر أسباب التقصير ، ويُستثنى من ذلك كله ما لو لم يتمكن الوديعة من الإيصاء ، وذلك كأن يموت فجأة أو يُقتل غيلةً : فلا يضمن ؛ لعدم تقصيره⁽²⁾ .

حادي عشر : التأخير في الرد بلا عذر . فإذا طلب المودع وديعته من الوديعة : لزم ردها ، وهو التخلية بين المودع ووديعة . وفي ذلك يقول الله جلّلت قدرته : ﴿ إِنَّ اللَّهَ

(1) الأنوار (ج 2 ص 49) .

(2) مني المحتاج (ج 3 ص 83 ، 84) والأنوار (ج 2 ص 48) وبلغت السالك على شرح الدرر (ج 2 ص 201) .

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمْتَنَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴿١﴾ فَإِنْ تَأَخَّرَ فِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ عَذْرِ حَتَّىٰ هَلَكَتْ : فقد ضمن ؛ لأنه لما حبسها عن المودع عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه ، فإذا هلكت تقرّر العجز ووجب الضمان .

ويشترط أن يكون المردود عليه - وهو المالك أو وارثه بعد موته - أهلاً للقبض ، فلو ردها على السفينة المحجور أو المجنون أو الصغير أو وضعها في يد النائم : لم يبرأ ، بل يَحْرُمُ أن يردها على من ليس أهلاً للقبض ، فإن ردها وهلكت : فقد ضمن ؛ لتفريطه . ولو ردها عليه وهو سكران : فلا يضمن على الراجح ؛ لأن السكران مخاطب ؛ بخلاف المجنون أو الصبي ونحوهما .

أما إذا كان التأخير في الرد لعذر : فإنه لا يضمن . وذلك كما لو طالبه بها في جنح الليل وهي مخبوءة في خزانة لا يتأتى فتحها في مثل هذا الوقت إلا بعسر وخرج . وكذا لو كان الوديعة مشغولاً بصلاة ، أو قضاء حاجة ، أو حتم ، أو طعام ، أو كان ملازماً لغريم يخاف هزيمته ، أو كان ينتظر انقطاع المطر والوديعة في البيت ليرجع إليه أو ما أشبه ذلك من الأعذار : فإنه لا يضمن بالتأخير حتى لو تلفت .

ولو مات الوديعة فعلى وارثه رد الوديعة للمالك . ويراد بالرد الإعلام والتخليّة ، فإن تمكن الوارث من ذلك ولم يفعل فقد ضمن ، وإن كان المالك غائباً ردها إلى وكيله ثم إلى الحاكم ، وذلك قول الشافعية ، والحنفية في الجملة (2) .

نسخ الوديعة

تنسخ الوديعة وينتهي حكمها بجملة أشياء :

منها : موت أحد العاقدَيْن - وهما المودع والوديعة - فإنه بموت أحدهما يرتفع حكم الوديعة لثَرْد ذلك إلى مالِكها أو وارثه .

ومنها : الحَجْر على أحدهما للشَقّه أو الجنون أو الإغماء . ذلك أن العقد لا يصح ابتداءً مع وجود أحد هذه العوارض ، فلا يجزّم أن ينسخ بحصول أيّها .

ومنها : أن يَغْرُل الوديعة نفسه . ووجه ذلك : أن الوديعة من العقود غير اللازمة ، فلكلِّ

(1) سورة النساء الآية (58) .

(2) مغني المحتاج (ج 3 ص 90) والأنوار (ج 2 ص 49 ، 50) والبدائع (ج 6 ص 213) .

واحد من العاقلين أن يُثبتي هذا العقد ، فإذا عزل الوديع نفسه بطلت الوديعة .
ومنها : نُقلُ الملك في الوديعة إلى غير المالك . وذلك كما لو باعها أو وهبها ، وكذا
لو نقل المنفعة بعوض كالإجارة ، أو بغير عوض كالعارية ، إلى غير ذلك من الوجوه في
نقل الملك في الوديعة ، سواء في ذلك العين أو المنفعة ⁽¹⁾ .

* * *

(1) الأنوار (ج 2 ص 41) ومغني المحتاج (ج 3 ص 81) .

المدة

الهبة - في اللغة - : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ، فهي كل ما وهب لك ،
والزهد - بفتح الواو - : هو الرجل الكثير الهبات . والانهاب : معناه : قبول الهبة ،
والاستيهاب : سؤال الهبة ⁽¹⁾ .

أما الهبة - في الشرع - فهي : التملك من له حق التبرع لعين بلا عوض في حال الحياة تطلوفاً (2) .

ومن هذا التعريف يتخرج بقوله : « التملك » كل من العارية والضيافة والوقف ، ويخرج بقوله : « العين » كل من الذئب والمنفعة ، وكذلك يخرج بنفي العوض ما فيه عوض كالبيع والإجارة ، ويخرج بحصره لها في حال الحياة الوصية ، لأن التملك فيها (الوصية) إنما يتم بالقبول ، وهو بعد الموت ⁽³⁾ .

شوعية الحمية

الهيئة تطلق شرعاً على ما يُعْمَم الصدقة والهدية - وهي المراد عند الإطلاق - وعلى ما يقابلهما ، والواهب إن قصد بتخليقها ثواب الآخرة كانت هذه صدقة من الصدقات ، وإن قصد الإكرام للموهوب له كانت هدية ، وإن قصدهما معا كانت هدية وصدقة ⁽⁴⁾ .
والهيئة بكل أشكالها أو صورها مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فهو يدل بعمومه على شرعية الهبة ، وأنها فعل مندوبٌ إليه ، وأنها من شئيم المؤمنين المتعاونين المتآزرين الذين يَشُدُّ بعضهم بعضاً بمختلف أشكال العون وضروب المساعدة . وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى : ﴿ وَتَمَاوَلُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (٥) والهبة لا تجزئ أن تكون ضرباً من ضروب البر الذي يُخَوِّضُ على صنعه التقوى ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّا طِئِنَ لَكُمْ عَنْ قَوْلِهِمْ قَوْلًا مَرْغُوبًا ﴾ (٦) والمراد

(١) لسان العرب (ج ١ ص ٨٠٣) ومختار الصحاح (ص ٧٣٧) .

(2) معنى المحتاج (ج 2 ص 196) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 312) والأنوار (ج 1 ص 657) ونشائج الأفكار (ج 4 ص 19).

(3) مغني المحتاج (ج 2 من 396 ، 397) وحاشية الشرقاوي (ج 2 من 115) ونتائج الأفكار (ج 9 من 19) .

(4) منى المحتاج (ج 2 ص 307) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 115) وأسفل المدارك (ج 3 ص 88) .

(5) سورة المائدة الآية (2) . (6) سورة النساء الآية (4) .

بهذا الزوجة إذا أعطت زوجها شيئاً من صداقها عن غير مضارة أو غَضَل أو قهر بل عن طيب نفس وخاطر ، فلا جرم أن ذلك هبةٌ منها ، وهذه من الصنائع المرغوبة التي حرض عليها الشرع والتي تُشجِن القلوب بالود والثقة والإخلاص . وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ ⁽¹⁾ وكذلك قوله جل وعلا : ﴿ وَمَا لِيَ الْمَالِ عَلَى حَبِيءٍ ذَوَى الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنَى السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي آيَاتِي ﴾ ⁽²⁾ إلى غير ذلك من عمومات الكتاب الحكيم في بدل الخير للناس بما يتضمن الهبة .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « يا نساء المسلمين لا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لْجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِينَ ⁽³⁾ شَاةٍ » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « لو ذُبِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لَأَجِبْتُ ، وَلَوْ أَهْدِيَتْ لِي ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البخاري عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت لعروة : ابن أختي ، وإن كنتَ للنظر إلى الهلال ، ثم الهلال ، ثم الهلال ؛ ثلاثة أهلة في شهرين وما أوقدت في أبيات رسول الله ﷺ نَارٌ . فقلت : يا خالة ، ما كان يُعِيشُكُمْ ؟ قالت : الْأَشْوَدَانِ : التمر ، والماء . إلا أنه قد كان لرسول الله ﷺ جيرانٌ من الأنصار كانت لهم مَنَائِعُ ⁽⁶⁾ ، وكانوا يمنحون رسول الله ﷺ من ألبانهم فَيَشْقِيَانِ » ⁽⁷⁾ .

وأخرج البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : كان رسول الله ﷺ إذا أُتِيَ بطعام سأل عنه : « أَهْدِيَتْ أَمْ صَدَقَةٌ ؟ » . فإن قيل : صدقة ، قال لأصحابه : « كلوا » ولم يأكل . وإن قيل : هدية ، ضَرَبَ بيده فأكل معهم ⁽⁸⁾ .

وأخرج البخاري كذلك عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) قال : أُتِيَ النبي ﷺ بلحم فقيل : تُصَدِّقُ عَلَى بَرِيرَةَ قَالَ : « هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ » ⁽⁹⁾ .

(1) سورة النحل الآية (90) .

(2) سورة البقرة الآية (177) .

(3) الْفِرْسِينَ : بكسر الفاء وسكون الراء . وجمعه : فراسن . والفرسن : عظم قليل اللحم وهو شعث البعير كالخافر للداية وهو للشاة كَالْقُلْفِ . انظر لسان العرب (ج 13 ص 322 ، 321) .

(4) ، (5) البخاري (ج 3 ص 201) .

(6) المَنَائِعُ : جمع ، ومفرده : مَنِيْعَةٌ وهي المَنِيْعَةُ وتعني : العطية . منحه الشيء مثلاً : أَمْنَحَهُ . وَأَمْنَحْتُ النَّاقَةَ : دَنَا يَتَاجَعُهَا . وَأَمْنَحْتُ فَلَانٌ : أَخَذَ الْعَطَاءَ : انظر المعجم الوسيط (ج 2 ص 888) .

(7) البخاري (ج 3 ص 201) . (8) ، (9) البخاري (ج 3 ص 203) .

وأخرج أبو يعلى في مسنده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « تَهَادَوْا تَحَابُّوا » (1) .
وروى ابن عساكر عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « تَهَادَوْا تَحَابُّوا ، وَتَصَافَحُوا يَذْهَبَ
الْغِلُّ عَنْكُمْ » (2) . إلى غير ذلك من النصوص كثير .
وكذلك أجمع العلماء على نَدْب الهبة (3) .

أركان الهبة

أركان الهبة أربعة : الصيغة ، والواهب ، والموهوب له ، والموهوب . ونعرض لكل
واحد من هذه الأركان بالبيان :

الركن الأول : الصيغة :

وهي الإيجاب والقبول . فتصح بالإيجاب وحده في حق الواهب ، وبالإيجاب والقبول
في حق الموهوب له : والإيجاب كقوله : وَهَبْتُكَ ، وَمَلَكْتُكَ ، وَمَتَّحْتُكَ ، وَأَكْرَمْتُكَ ،
وعظمتك ، ونحللتك ، وأطعمتك ، ونحو ذلك . والقبول كقوله : قبلت ، ورضيت ،
وَأَتَّيْتُ ، لفظاً في حق الناطق وإشارة في حق الأخرس . على أن الهبة تَقْبَلُ بلفظ الكناية مع
النية كقوله : كَسَوْتُكَ هذا الثوب ، وكذلك تنعقد بالمعاطاة : وهو قول الجمهور (4) .

على أن الظاهر من مذهب الحنفية أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، أما القبول
من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر . ووجه
القياس : أن الهبة تصرف شرعي ، والتصرف الشرعي وجوده شرعي باعتباره ، وهو انعقاده
في حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً .

أما وجه الاستحسان : فهو أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير
شريطة القبول ، وإنما القبول والتقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإن أوجب
فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام . والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على

(1) ، (2) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 518) .

(3) أسهل المدارك (ج 3 ص 88) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 114) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 19)
والبنية (ج 7 ص 797) .

(4) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 114) ومعني المحتاج (ج 2 ص 397 ، 398) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 19)
وأسهل المدارك (ج 3 ص 88) .

القبول ما روي عن عثمان وابن عمر وابن عباس (رضي الله عنهم) أنهم قالوا : « لا تجوز صدقة حتى تُقبَضَ » (1) .

وعن معاذ بن جبل وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تُقبَضَ (2) ؛ فقد أطلقوا اسم الهبة بدون القبض (3) .

ولا يصح تعليق الصيغة كقوله : إذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك هذا ، ولا توقيتها كقوله : وهبتك هذا سنة ، ويُستثنى من ذلك العُمري والرفقي . أما العمري كقوله : أعمرتك هذه الدار مثلاً . أي جعلتها لك عمرك أو حياتك ، أو ما عشت أو حيت أو نحو ذلك ، فإذا مِتَ - بفتح التاء - فهي لورثتك ، فهي هبة حكماً . فيعتبر الإيجاب والقبول وتلزم بالقبض ، فإذا مات كانت لورثته فإن لم يكونوا فليبيت المال ، ولا تعود للواهب بحال ، وذلك لما أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أُعْمِرَ عمري له ولعقبه ، فإنها للذي أُعْطِيها لا تزجُع إلى الذي أعطاه ؛ لأنه أعطى عطاءً وَقَعَتْ فيه الموارث » (4) .

وأخرج مسلم عن جابر قال : « إنما العمري التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هي لك ما عشت ، فإنها تزجُع إلى صاحبها » (5) .

وأخرج مسلم أيضاً عن جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله ﷺ : « العمري لمن وهبت له » (6) .

وأخرج مسلم أيضاً عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تُفْسِدُوها ؛ فإنه من أعمَرَ عمري للذي أُعْطِيها حياً وميتاً ولعقبه » (7) .

وعلى هذا لو قال الواهب : جعلت لك هذه الدار عمرك ، أو هي لك عمرك ، فإذا مِتَ أنت فهي ردٌ علي . أو قال : جعلتها لك عمري أو حياتي ، فإذا مِتَ أنا فهي ردٌ علي ورقتي ؛ فهذا كله هبة ، وهي للمؤخر له في حياته ولورثته بعد وفاته ، والتوقيت باطل ؛ لأنه مخالفٌ لمقتضى العقد والشرع ويبقى العقد صحيحاً .

ولا تُشترط الصيغة في الهدية بل يكفي أن يُنقَضَ بها ، أو أن ينقلها المُنْهِي ويقبضها

(1 ، 2) البيهقي (ج 6 ص 170) .

(3) البدائع (ج 6 ص 115) .

(4) مسلم (ج 5 ص 67) .

(5 ، 7) مسلم (ج 5 ص 68) .

المُتَهْدَى إِلَيْهِ ، ولو قال المُتَهْدَى إِلَيْهِ لِلرَّسُولِ : ضَعَهَا مَوْضِعَهَا فَوْضِعَهَا ، حصل القبض ، والصدقة في هذا كالهبة (1) .

أما الرقبي فهي كقوله : أَرَقَبْتُكَ هَذَا الدَّارَ مَثَلًا ؛ أَي أَن مِثَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِن مِثَّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّتْ لَكَ ، فيصح العقد ويلغو الشرط . وهو قول الشافعية ، وقال به أبو يوسف من الحنفية (2) ؛ وذلك لما روي أَن النَّبِيَّ ﷺ « أَجَازَ الْمُعْرَى وَالرَّقَبَى » (3) . وقال أبو يوسف في وجه ذلك : لما قال : رَقَبِي ، فقد علَّقه بالشرط وهو لا يحتمل التعليق ، فبطل الشرط وبقي العقد صحيحًا (4) .

ولا بدُّ في ذلك من القبول والقبض كالعمري ، فلو جعل رجلان كُلَّ منهما دَارَهُ لِلْآخَرِ رَقَبَى عَلَى أَنَّ مَاتَ قَبْلَ الْآخَرِ عَادَتْ لِلْآخَرِ ، فَرَقَبَى مِنَ الْجَانِبِينَ ، وَالرَّقَبَى مِنَ الرَّقُوبِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِدَيْنِ يَرْتُقِبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . أما العمري فهي من الغُفَر ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا عُفْرَةً ، وَهِيَ عَقْدَانِ كَانَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فِي عَطِيَّتَيْنِ مَخْصُوصَتَيْنِ .

وذهب الإمام أبو حنيفة ومعه أبو يوسف إلى أَن الرقبي لا تصح هبةً بَلْ تصح عاريةً ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ وَأَطْلَقَ لَهُ الْإِتْفَاقَ بِهِ ، وَهَذَا مَعْنَى الْعَارِيَةِ وَهُوَ بِخِلَافِ الْعَمَرِيِّ . فَهُوَ إِذَا قَالَ : أَرَقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ صَرَّحَ فَقَالَ : جَعَلْتُ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ رَقَبَى . أَوْ قَالَ : هَذِهِ الدَّارُ لَكَ رَقَبَى وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ ، فَهِيَ عَارِيَةٌ فِي يَدِهِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْهُ مَتَى شَاءَ . وَاحْتِجًا بِمَا رَوَى الشَّعْبِيُّ عَنْ شَرِيحِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ « أَجَازَ الْعَمَرِيَّ وَأَبْطَلَ الرَّقَبَى » (5) . وَلِأَنَّ قَوْلَهُ : دَارِي لَكَ رَقَبَى ، تَعْلِيْقُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الرَّقَبَى أَنَّهُ يَقُولُ : إِن مِثَّ أَنَا قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ ، وَإِن مِثَّ أَنْتَ قَبْلِي فَهِيَ لِي ، سَمِيَ الرَّقَبَى مِنَ الرَّقُوبِ وَالْإِرْتِقَابِ وَالتَّرَقُّبِ ، وَهُوَ الْإِنْتِظَارُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَظِرُ مَوْتَ صَاحِبِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ ، فَكَانَتْ الرَّقَبَى تَعْلِيْقُ التَّمْلِيكِ بِأَمْرِ لَهُ خَطَرُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ ، وَالتَّمْلِيكَاتُ مِمَّا لَا تَحْتَمِلُ التَّعْلِيْقَ بِالْخَطَرِ فَلَمْ تَصَحَّ هِبَةً وَصَحَّتْ عَارِيَةً (6) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 398) والأُنُوبَار (ج 1 ص 658) والبدائع (ج 6 ص 116) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 399) والبدائع (ج 6 ص 117) وحاشية الشَّرْقَاوِي (ج 2 ص 116 ، 117) .

(3) جاء في سنن البيهقي عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « الْعَمَرِيُّ جَائِزٌ لِمَنْ أَعْمَرَهَا وَالرَّقَبِيُّ جَائِزٌ لِمَنْ أَرَقَبَهَا » انظر سنن البيهقي (ج 6 ص 175) .

(4) البدائع (ج 6 ص 117) .

(5) أخرجه البيهقي في مسنده الكبير عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا فَهُوَ لِمُعْجِرِهِ مِجَاهٌ وَمِجَاهُهُ ، وَلَا تَرَقَّبُوا فَمَنْ أَرَقَبَ شَيْئًا فَهُوَ سَبِيلُهُ » انظر البيهقي (ج 6 ص 175) .

(6) البدائع (ج 6 ص 117) .

الركن الثاني : الواقب .

وشرطه أن يكون ممن يملك التبرع ، لأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع ، وبذلك فإنه يشترط في الواهب أن يكون مالكا عاقلاً بالغاً غير محجور عليه . فلا تجوز الهبة من الصبي والمجنون ، لأنهما لا يملكان التبرع ؛ لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دينوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعقاق . وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض ؛ فإن ذلك ضرر محض وهو منهى عنه بالخبر : « لا ضرر ولا ضرار » . وجملة ذلك : عدم جواز الهبة ممن ليس له حق التصرف ، وشرط الواهب الملك وإطلاق التصرف في ماله ⁽¹⁾ .

الركن الثالث : الموصوب له .

وشرطه أن يكون فيه أهلية الملك لما يوجب له من تكليف وغيره ، أي أن يكون أهلاً لأن يملك ما وُهب له . وعلى هذا لا تصح الهبة لحيوان ولا لرقيق . على أن غيرا المكلف يقبل له ولديه ؛ وذلك لما في بدل الهبة له من نفع وتحقيق لمصلحة ⁽²⁾ .

الركن الرابع : الموصوب .

ويشترط فيه جملة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الموهوب موجوداً وقت العقد ، فلا تجوز هبة ما ليس موجوداً وقت العقد ، كما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام ، أو ما تليذه أغنامه هذه السنة ، ونحو ذلك : من صيغ لا يكون فيها المعقود عليه موجوداً حين العقد ، فلا يجوز الهبة إذ ذلك . ووجه ذلك أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال ، بخلاف الوصية فهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والإضافة لا تمنع جوازها (الوصية) .

الشرط الثاني : أن يكون الموهوب مالاً متقوئاً . فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالخمر والخمر والميتة والدم والخنزير وصيد الإحرام والحرم ، وغير ذلك من الأعيان التي لا يجوز بيعها ، وهو ما بيناه سابقاً .

(1) البدائع (ج 6 ص 118) ومغني المحتاج (ج 2 ص 397) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 114) وبلغة المسالك (ج 2 ص 312) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 397) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 114) وأسهل المدارك (ج 1 ص 87) .

الشرط الثالث : أن يكون مملوكًا في نفسه . وهو ما تقع عليه اليد وكان مملوكًا ، وإلا كان من المباحات وهذه لا تجوز هبتها ؛ لأن الهبة تمليك ، وما ليس بمملوك محالٌ تمليكُه .

الشرط الرابع : أن يكون الموهوب مملوكًا للواهب . فلا يجوز لأحد أن يهبَ مالَ غيره بغير إذنه ؛ لأن تمليك ما ليس بمملوك محال ⁽¹⁾ ، أما هبةُ الدَّينِ ففيه تفصيلٌ : فقد ذهبت الحنفية إلى أنه يستوي في جواز الهبة ما لو كان المملوك عتيقًا أو دنيًا . وبذلك تجوز هبةُ الدَّينِ للمدين .

أما هبة الدين لغير المدين فجوز أيضًا إذا أُذن له الدائن بالقبض وقبضه استحسانًا ، والقياسُ عدمُ الجواز وإن أُذن له بالقبض . ووجه القياس : أن القبض شرطُ جوازِ الهبة ، وما في الذمة لا يتحمل القبض ، بخلاف ما إذا وُهبَ للمدين ؛ لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه ، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة .

ووجه الاستحسان : أن ما في الذمة مقدورٌ التسليم والقبض ، فجازت هبته ، وهو قول المالكية في الجملة ⁽²⁾ .

أما الشافعية فقالوا : هبةُ الدين لمن هو عليه إبراءٌ صريح ولا يحتاج إلى قبول ، وهو قول المالكية . أما هبته لغير المدين فهي باطلة في الأصح من المذهب ، وهو المعتمد ؛ لأن الدين غير مقدور على تسليمه ، وهبة ما في الذمة غير صحيح ، بخلاف بيع ما في الذمة . وعلى هذا لو كان عليه زكاةٌ وله دينٌ على مستحقٍ لها فَوَهَبَهُ له أو أبرأه منه بنية الزكاة : لا يجوز ؛ لأن ذلك إبراءٌ وهو لا يقوم مقام التمليك ⁽³⁾ .

الشرط الخامس : أن يكون الموهوبَ محوزًا ⁽⁴⁾ . والمال المحوزُ هنا ضدُّ المشاع ، والمحوزُ شرطُ الهبة ، فلا تصح هبةُ المشاع فيما يُقسَّم ، وتجوز فيما لا يُقسَّم كالحقَّام والتَّشَوُّر والإئاء . وهو قول الحنفية ، واحتجوا لذلك بإجماع الصحابة (رضي الله عنهم) ، فقد

(1) البدائع (ج 6 ص 119) ومعني المحتاج (ج 2 ص 399 ، 400) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 313) .

(2) البدائع (ج 6 ص 119) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 313) وأسهل المدارك (ج 3 ص 90) .

(3) معني المحتاج (ج 2 ص 400) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 313) والأنوار ومعه حاشية الكفري (ج 1 ص 659) .

(4) من الحوز ، وهو الجمع . وكل من ضم شيئًا إلى نفسه فقد حازه ، والحوزة : الداحية . انظر مختار الصحاح (ص 162) .

روي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه قال : من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم . وكان ذلك بحضور من أصحاب رسول الله ﷺ ولم يُثقل أنه أنكر عليهم منكراً ، فيكون إجماعاً .

واحتجوا كذلك بالنظر فقالوا : إن القبض شرط جواز الهبة ، والشيوخ يمنع من القبض ، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض ، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور ، فإن سكنى نصف الدار شائعاً وثبث نصف الثوب شائعاً محالاً ، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل ، لأن العقد لم يتناول الكل . أما المشاع الذي لا يُقسم فإنه تجوز الهبة فيه ؛ لأنه لا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة ؛ لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة إلى جواز الهبة في بعضه (1) .

وذهبت الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر إلى جواز هبة المشاع ؛ إذ قالوا : ما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع . وقد استدلوا على ذلك بما أخرجه البيهقي عن عمير بن سلمة الضمري أنه أخبر عن البهزي أن رسول الله ﷺ خرج يريد مكة وهو محرم حتى إذا كان بالروحاء إذا حملاً وحشي عقير (2) فذكر لرسول الله ﷺ فقال : « دعوه ؛ فإنه يؤشك أن يأتي صاحبة » فجاء البهزي وهو صاحبه إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، شأنكم بهذا الحمار . فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر (رضي الله عنه) فقصمه بين الرفاق (3) .

وبذلك تصح هبة المشاع ، وهو غير المميز عن جنسه (4) . ولا تصح هبة المجهول وهو ما كان غير معلوم الجنس والقدر ، ولا هبة العز كالبعير الشارد والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب . وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية ، خلافاً للمالكية ؛ إذ أجازوا الهبة بالمجهول والغرر (5) .

الشرط السادس : القبض . وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً لصحة عقد الهبة ، وإذا لم يُقبض لم تنعقد الهبة ، وقد ذهب إلى ذلك عامة أهل العلم وفيهم الحنفية والشافعية والحنابلة ،

(1) البدائع (ج 6 ص 120) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 27) .

(2) عقير : غتر البعير والفرس بالسيف فأنقر : أي ضرب به فوائمه فهو عقير . انظر مختار الصحاح (ص 445) .

(3) البيهقي (ج 6 ص 171) .

(4) المهذب (ج 1 ص 446) والألوار (ج 1 ص 660) ومغني المحتاج (ج 2 ص 400) والمحلّى (ج 9 ص 149)

وبداية المجتهد (ج 2 ص 299) .

(5) البدائع (ج 6 ص 119) والمهذب (ج 1 ص 446) .

وعلى هذا فإن الموهوب قبل قبضه إنما يكون على ملك الواهب ، فالواهب يتصرف فيه كيف شاء حتى يُسلمه للموهوب له ومحجتهم في ذلك الإجماع والأثر والمقول .

أما الإجماع ؛ فهو أن أبا بكر وعمر قد اعتبرا القسمة والقبض لجواز التخلي (1) . وكان ذلك بحضرة الصحابة ، ولم يُقل أن أحدا منهم أنكر عليهما ذلك ، فيكون إجماعاً (2) .

أما الأثر ؛ فقد أخرج البيهقي عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : إن أبا بكر الصديق (رضي الله عنه) نَحَلَهَا جَدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالٍ بِالْغَابَةِ ، فلما حضرته الوفاة قال : « وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ ، مَا مِنْ نَاسٍ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ . وَإِنِّي كُنْتُ نَحْلُكَ مِنْ مَالِي جَدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِهِ وَاحْتَزَنْتِهِ كَانَ لَكَ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا هُوَ مَالُ الْوَارِثِ ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخْوَالُكَ وَأَخْتَاكَ فَاقْسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ » (3) .

أما النظر أو المقول : فهو أن الهبة عقد تبرع فلو صححت بدون القبض لبثت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم ، فتصير الهبة عقد ضمان ، وهو خلاف المشروع فيها . وكذلك فإن الهبة عقد إرفاق كالقراض فلا يملك إلا بالقبض . ولا يُعتبر في القبض الفور (4) .

أما المالكية فلم يشترطوا القبض لصحة الهبة بل إن القبض عندهم من شروط التمام أو الكمال وليس من شروط الصحة ، خلافاً للجمهور ؛ إذ جعلوا القبض في الهبة من شروط صحتها . وعلى هذا فإن الهبة تنعقد وتلزم بالقبول ويُجيز الواهب على الإقباض كالبيع ، فإن تأتى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض أو مات : بطلت الهبة ، أي إن تراخى الموهوب له ولم يقبل حتى حصل مانع مرض أو موت أو فلس أو جنون : بطلت الهبة . ولذا ينبغي للموهوب له أن يُعجل الحوز عقيب القبول ، ويلزم على الواهب أن يُقبض الهبة ويُجيز عليه بامتناعه حتى يحصل الحوز والإقباض منه قبل الموانع المذكورة (5) .

والصحيح قول الجمهور ، وهو اشتراط القبض لصحة الهبة ؛ لما بيناه في ذلك من دليل . إذا ثبت هذا فإنه يُشترط لصحة القبض أن يكون بإذن المالك (الواهب) ؛ لأن الإذن بالقبض في البيع شرط لصحته حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد

(1) الثحلي - بضم النون - : العطية : انظر مختار الصحاح (ص 649) .

(2) (3) البيهقي (ج 6 ص 170) .

(4) البدائع (ج 6 ص 123) ومعني المحتاج (ج 2 ص 400 ، 401) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 117) .

(5) أسهل للمدراك (ج 3 ص 88) وبداية المجتهد (ج 2 ص 300) وبلغة السالك على شرح التدوير (ج 2 ص 313) .

التمن كان للبائع حق الاسترداد ، وبذلك كان اشتراط الإذن في الهبة أولى ، ولأن البيع يصبح من غير قبض ، أما الهبة فلا تصح من دونه . وعلى هذا فإنه لا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فلو قبض بلا إذن ولا إقباض : لم يملكه ودخل في ضمانه ، سواء قبضه في مجلس العقد أو بعده ^(١) .

على أن اللزوم بالقبض نوعان :

أحدهما : ما كان صريحاً كأن يقول الواهب للموهوب له : أقبض ، أو أذنت لك بالقبض ، أو رضيت ، وما يجري هذا المجرى من الألفاظ فيجوز قبضه به سواء كان ذلك بحضور الواهب أو بغير حضرته ، في مجلس العقد أو بعده .

ثانيهما : ما كان دلالة . وذلك أن يقبض الموهوب له الموهوب في مجلس العقد من غير أن ينهأ الواهب ، فيجوز قبضه . ووجه ذلك : أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة ، لأن الإقدام على إيجاب الهبة يُعتبر إذناً بالقبض ؛ لأنه دليل قصد التملك ، والثابت دلالة كالثابت نصاً ؛ بخلاف القبض بعد الافتراق من مجلس العقد .

ولو أذن له في الأكل أو العتق فأكله أو أعتقه كان قبضاً ، ويصح بيع الواهب للموهوب قبل قبضه وإن ظن لزوم الهبة بالعقد .

ولا يكفي الإتلاف ولا الوضع بين يدي الموهوب له من غير إذن الواهب ؛ لأن قبضه غير مستحق كالوديعة فاشتراط تحققه بخلاف البيع . وكذلك لا تكفي التخليئة بين الواهب والموهوب المنقول ، ولو وهب المصنوع ممن يقدر على انتزاعه وأذن له في القبض : لم يكف حتى يتسلط عليه ^(٢) .

ولو مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض : لم يفسخ العقد ويُخیر الوارث في القبض والإقباض ، أي يُخیر وارث الموهوب له في القبض ويُخیر وارث الواهب في الإقباض . وكذا لو جُرَّ أحد العاقلين أو أُغيب عليه ، فإن الهبة لا تنفسخ ويُقبض بعد الإفاقة ، ولا يُعتبر في القبض الفور ^(٣) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ١٢٣ ، ١٢٤) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٤٠٠) والأنوار (ج ١ ص ٦٥٩) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١٧) .

(٢) البدائع (ج ٦ ص ١٢٤) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج ٩ ص ٢٢ - ٢٤) والأنوار (ج ١ ص ٦٥٩) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١٧) .

(٣) الأنوار (ج ١ ص ٦٦٠) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١٧) .

نَحْلُ الْوَالِدِ وَالصَّدَلُ بَيْنَهُمْ

النَّحْلُ - بضم النون - معناه : العطاء : نَحَلَهُ يَنْحُلُهُ نَحْلًا : أي أعطاه ، والنَّحْلَى - بالضم - العطية ⁽¹⁾ .

إذا كان الشخص صحيحًا فله أن يتصدق بجميع ماله على الفقراء أو على المعين ، وذلك ابتغاء لرضوان الله ، وذلك إيثار يُطْرِيه الله ويثني عليه : ﴿ وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ﴾ ⁽²⁾ وقد تصدق أبو بكر (رضي الله عنه) بجميع ماله ولم يثكر عليه الرسول الله ﷺ ، وقَعَلَهُ آخَرُونَ مِنَ الصَّحَابَةِ (رضوان الله عنهم أجمعين) .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز للشخص الصحيح العاقل الرشيد أن يَهَبَ جميع ماله للأجنبي ، وهو ما لا خلاف فيه ، لكنهم اختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض ، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقد ذهب جمهور العلماء إلى جواز ذلك مع الكراهة ، أي أن هبة جميع المال لبعض الولد دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة مكروهة ، وإن وقع فهو جائز ⁽³⁾ .

واحتجوا لذلك بأن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يَهَبَ في صحته ورشده جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فلا تجرم أن يكون للولد أولى .

ويستدل على ذلك من المأثور بما أخرجه البيهقي عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : كان أبو بكر (رضي الله عنه) نَحَلَنِي جَدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ ، فلما حضرته الوفاة جلس فاحتبى ثم تشهد ثم قال : « أما بعد أي بنية ، إن أحب الناس إليَّ غثى بعدي لأنت ، وإني كنتُ نَحَلْتُكَ جَدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِي فوددت والله أنك كنتُ حُرَّتِيهِ واجتدديته ، ولكن إنما هو اليوم مائل الوارث وإنما هو أخواك وأختاك » ⁽⁴⁾ .

وجاء في سنن البيهقي أيضًا أن عمر (رضي الله عنه) فضّل ابنه عاصمًا بشيء أعطاه إياه ، وكذلك فضل عبد الرحمن بن عوف ولدًا أمّ كلثوم ⁽⁵⁾ .

وكذلك أخرج البيهقي عن نافع أن ابن عمر قطع ثلاثة أرؤسٍ أو أربعة لبعض ولده

(1) مختار الصحاح (ص 649) . (2) سورة الحشر الآية (9) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 299) وأسهل المدارك (ج 3 ص 94 ، 95) وسنني المحتاج (ج 2 ص 401)

ونتائج الأفكار (ج 9 ص 33) والأنوار (ج 1 ص 661) ومعه حاشية الحاج إبراهيم .

(4 ، 5) البيهقي (ج 6 ص 178) .

دون بعض (١) .

وكذلك أخرج البيهقي عن عبد الرحمن بن القاسم أن أباه كان يُقَطِّعُ ولده دون بعض (٢) . والأصل في ذلك كله قوله (عليه الصلاة والسلام) : « كُلُّ ذِي مَالٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ يَصْنَعُ بِهِ مَا يَشَاءُ » (٣) .

ويدل ذلك على جواز التفضيل بين الأولاد في الهبة مع الكراهة ، ومحل الكراهة هنا عند الاستواء في حاجة الأولاد للهبة أو عدم حاجتهم لها ، أما عند عدم الاستواء في الحاجة فلا كراهة ، وذلك كما لو كان بعضهم في غير حاجة وبعضهم الآخر من المحاييج ؛ فإن أعطى المحاييج منهم فلا بأس ، وعلى ذلك يُحْتَمَلُ تفضيل الصحابة بعض أولادهم على بعض في العطية ، وكذلك يكره التفضيل في غير العطية ، كالترؤد بالكلام ونحوه (٤) .

وذهب أهل الظاهر ، ومالك في رواية عنه إلى أنه لا يجوز التفضيل بين الأولاد في الهبة فضلاً عن أن يَهَبَ بعضهم جميع ماله (٥) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه البخاري عن النعمان بن بشير (رضي الله عنهما) قال : أعطاني أبي عطيةً فقالت عمره بنت رباحة (أمه) : لا أَرْضِي حتى تُشْهِدَ رسول الله ﷺ . فأني رسول الله ﷺ فقال : إني أعطيت ابني من عمره بنت رباحة عطيةً ، فأمرتني أن أشهرك يا رسول الله . قال : « أعطيت سائر ولدك مثل هذا ؟ » قال : لا . قال : « فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْبُدُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » فرجع فرد عطيته (٦) .

وكذلك أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نَحَلْتُ ابني هذا غلاماً . فقال : « أَكَلْ وَلَدَكَ نَحَلْتُ مثله ؟ » قال : لا . قال : « فَارْجِعْهُ » (٧) .

قال ابن حزم في هذا الشأن : ولا يحل لأحد أن يهب ولا أن يتصدق على أحد من ولده حتى يُعْطِيَ أو يتصدق على كل واحد منهم بمثل ذلك ، ولا يحل أن يُفْضَلَ ذكراً

(١ ، ٢) البيهقي (ج ٦ ص ١٧٨) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن عن ابن المنكدر مرسلاً . حديث حسن . انظر الجامع الصغير للسيوطي .

(٤) مني المحتاج (ج ٢ ص ٤٠١) وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٩٩) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١٧) .

(٥) الخليلي (ج ٩ ص ١٤٢) وأسهل المدارك (ج ٣ ص ٩٥) .

(٦ ، ٧) البخاري (ج ٣ ص ٢٠٦) .

على أنثى ولا أنثى على ذكر ، فإن فعل فهو مفسوخ مردودٌ أبداً ولا يد⁽¹⁾ .
وقد بينا أن الكراهة أو النهي إنما يُحتملُ على استواء الأولاد في الحاجة وعدم الاستواء فيها وإلا فلا . وذلك هو تأويل عمل الصحابة (رضي الله عنهم) إذ فضل بعضهم بعض أولادهم على بعض في العطية .

وعلى أية حال فإنه يُستحبُّ للوالد وإن علا أن يُفidel بين الأولاد . وذلك أن يسوي بين الذكور والإناث ؛ لعموم خبر النعمان . ولأن التفضيل في العطية بين الأولاد مظنة الكراهية والتحاسد بين الأولاد ، أو ربما كان مدعاةً لحصول العقوق أو الشقاق والنزاع بينهم . وقد ذهب إلى ذلك أكثر العلماء ؛ إذ قالوا : لا تجب التسوية في العطية بينهم كأنها مسنونة⁽²⁾ ، وقيل : يُعطى الأولاد كسقمة الإرث ، فيضعفُ حظُّ الذكر كالميراث كما أعطاهم الله تعالى وهو خير الحاكمين . وهو رواية عن محمد بن الحسن الشيباني⁽³⁾ .
على أنه يُستثنى من ذلك الفاسقُ والعاقُ إذا علم أنه يصرفها في المعاصي فلا يُكره حرمانه من الهبة .

ويُستثنى للولد أيضاً أن يسوي في العطية إذا وهب لوالديه شيئاً ، ويكره له ترك التسوية كما مر في الأولاد ، فإن فضل أحدهما فالأُمُ أولى ؛ وذلك للخبر : « إن لها ثلثي البر » أما الإخوة ونحوهم فإنه لا يجري فيهم هذا الحكم .

على أن التفضيل للعلم والورع معتبرٌ ولا يُكره ، وقد ذهب إلى ذلك الشافعية ، وهو قول المتأخرين من مشايخ الحنفية ؛ إذ قالوا : لا بأس أن يعطي المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة ، أما المتقدمون من مشايخ الحنفية فقالوا بكراهة التفضيل مطلقاً سواء كان المحروم فقيهاً تقيماً أو جاهلاً فاسقاً⁽⁴⁾ .

(1) المحلى (ج 9 ص 142) .

(2) مني المحتاج (ج 2 ص 401) والأنوار (ج 1 ص 661) والبدائع (ج 6 ص 127) .

(3) البدائع (ج 6 ص 127) .

(4) مني المحتاج (ج 2 ص 401) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 117) والبدائع (ج 6 ص 127) .

الرجوع في الهبة

هل يصح الرجوع في الهبة ؟ للفقهاء في ذلك تفصيل :

فقد ذهبت الحنفية إلى أن حكم الهبة ثبوت ملك غير لازم في الأصل ، وللواهب أن يرجع في هبته ، وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة تُبَيِّنُها في موضعها ⁽¹⁾ .

وذهب أكثر أهل العلم إلى أن الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ، ولا يثبت الرجوع فيه إلا في هبة الوالد لولده . وهو قول الشافعية والمالكية والظاهرية في الجملة ؛ وذلك لانتفاء التهمة في هبة الوالد لولده لما طُبِعَ عليه (الوالد) من إثارة لولده على نفسه ، فيجزم بأنه إنما رجح الحاجة أو مصلحة ، ذلك فضلاً عن الخبر الذي يدل بظاهره على ذلك ⁽²⁾ .

ونعرض لتفصيل ذلك في هذا البيان .

مذهب الحنفية .

قالت الحنفية : إن ثبوت الملك في الهبة غير لازم ، وعلى هذا فإن حق الرجوع في الهبة ثابت للواهب ، وقد ثبت حق الرجوع بكل من الكتاب والسنة والإجماع والنظر .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِثَغِيرٍ فَعَبُوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ۗ ﴾ ⁽³⁾ ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن التحية تُستعمل في معانٍ منها : السلام والثناء والهدية بالمال ، وهذا (الثالث) يستدل عليه بقرينة من نفس الآية وهو قوله تعالى : ﴿ أَوْ رُدُّوهَا ۗ ﴾ لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ؛ لأن الرد عبارة عن إعادة الشيء ، ولا يتصور هذا في الأعراض بل في الأعيان ⁽⁴⁾ . وفي ذلك من تكلف التأويل ما لا يخفى على البصير .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البيهقي في سننه عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها » ⁽⁵⁾ أي : يُعَوَّض عنها

(1) البدائع (ج 6 ص 127) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 39) .

(2) حاشية الشرفاوي (ج 2 ص 115) وبداية المجتهد (ج 2 ص 303) وأسهل المدارك (ج 3 ص 89)

والجمل (ج 9 ص 127) . (3) سورة النساء الآية (86) .

(4) الأعراض : جمع ومفرده عرض . وهو كل شيء إلا الدراهم والدنانير فهي أعيان . انظر مختار الصحاح

(ص 424) .

(5) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 721) وقال : حديث ضعيف .

يعرض ؛ فقد جعل النبي ﷺ الواهب أحقَّ بهبته ما لم يأخذ بها عوضًا .
أما الإجماع ، فقد روي عن جمع من الصحابة (رضوان الله عنهم) أنهم قالوا بمثل ذلك ، ومنهم عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وأبو الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم ، ولم يرد عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعًا .

أما النظر ، فهو أن العوض المالي قد يكون مقصودًا من الهبة للأجانب ؛ وذلك أن الإنسان ربما يهبُ الأجنبي على سبيل الإحسان إليه ، وربما يهبه طمعًا في المكافأة والمجازاة على سبيل العرف والعادة ، فاللهووبُ له يندب إلى ذلك شرعًا . قال الله تعالى في هذا : ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ ﴾ ⁽¹⁾ . وكذا قوله (عليه الصلاة والسلام) : « تهادَوْا تَحَابُّوا » ⁽²⁾ والتهادي من الهدية وهو ما يقتضي الفعل من اثنين ، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي ، وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع ؛ لأنه يعدم الرضا ، والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لم يلزمه العقد ؛ لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة ، وكذا هذا ⁽³⁾ .

مذهب الجمهور

ذهب الأكثرون من أهل العلم وفيهم الشافعية والمالكية وأهل الظاهر إلى أنه يجوز للأب أن يرجع في الهبة لولده على التراخي ، وهي تشمل الهدية والصدقة .

وكذلك يجوز له أن يرجع في بعضها بالأولى من غير حكم حاكم ، وكذا يجوز لسائر الأصول من جهة الأب أو الأم أن يرجعوا عن الوصية ولو مع اختلاف الدين ، على المشهور من مذهب الشافعية يستوي في ذلك ما لو قبضها الولد أم لم يقبضها ، غنيًا كان أو فقيرًا ، صغيرًا أم كبيرًا ⁽⁴⁾ .

ودليلهم في ذلك ما أخرجه الترمذي عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال : « لا يَجُلُّ لأحد أن يُعْطِيَ عطيةً فيَرْجِعَ فيها إلا الوالدُ فيما يعطي ولده » ⁽⁵⁾ .

(1) سورة الرحمن الآية (60) .

(2) رواه البخاري في الأدب المفرد (5) رقم (594) وحسنه الألباني . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 518) .

(3) البدائع (ج 6 ص 128) .

(4) مفتي المحتاج (ج 2 ص 401) والأُنوار (ج 1 ص 661) وبداية المجتهد (ج 2 ص 303) .

(5) الترمذي (ج 3 ص 593) .

والوالد يشمل كلَّ الأصول إن حُمِلَ اللفظُ على حقيقته ومجازه بجامع أن لكل ولادةً كما في النفقة وسقوط القَوْد . وبذلك فإنه يجوز لكل من الأب والأم والأجداد والجدات أن يرجعوا فيما وَهَبُوا الولدَ وولده وإن سفلوا ، سواء كانوا من جهة الأب أو الأم كيفما كانت حال الولد من الصُّغر والكبر ، أو من العقل والجنون ، أو من الفقر والغنى ، أو من الكفر والإسلام .

وذهبت المالكية والشافعية في قول ثانٍ لهنَّ إلى أنه لا رجوع لغير الأب ، فله (الأب وحده) حقُّ الرجوع في الهبة لولده قهراً عنه بلا عوض مطلقاً كيفما كانت حاله من السن والملك والعقل . ويُستدل على ذلك بالحديث المتقدم ؛ إذ قصروا فيه الولدَ على الأب واستثنوا من ذلك ما لو استغل الولدُ الهبة فنكح بها أو تداين أو أحدث فيها حدثاً ، فلا رجوع فيها . والأم تزوجُ في هبة ولدها ما دام الأب حيّاً ؛ فإذا مات لم ترجع ⁽¹⁾ .

على أنه يُكره للوالد أن يرجع في هبته لأولاده إن عدَلَ بينهم إلا لمصلحة ، كأن يستعينوا بما أعطاه لهم على معصية وأصروا عليها بعد إنذاره لهم بالرجوع ، فلا يكره . أما تخصيص بعض الأولاد بالرجوع من غير سبب كالهبة : فقطةٌ وجهان في مذهب الشافعية في ذلك ، أوجههما الكراهة .

وعلى هذا لا يجوز الرجوع في الهبة لغير الأب ، والأم قياساً عليه ، وكذا الأصول على الخلاف ⁽²⁾ ؛ وذلك للخبر : « ليس لنا مثلُ السوء ، العائد في هبته كالكلب يثوَدُ في قيئه » ⁽³⁾ . على أن محلَّ الرجوع في الهبة هي الأعيان ، أما لو وَهَبَ ولده دَيْنًا له عليه فلا رجوع له فيه جزئاً ، سواء أقلنا : إن ذلك تملكٌ أم إسقاط ؛ إذ لا بقاء للدَّين فأنشبه ما لو وهبه شيئاً فتَلَفَ ⁽⁴⁾ .

ما يُشترط لصحة الرجوع

يُشترط لصحة الرجوع في الهبة من الأب أو أحد الأصول الشروطُ التالية :

الشرط الأول : بقاء الموهوب في ملك الموهوب له . فلو تلف أو أتلفه هو أو غيره أو

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 402) وأسهل المدارك (ج 3 ص 89) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 317) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 89) والأنوار (ج 1 ص 662) .

(3) أخرجه الترمذي عن ابن عباس (ج 3 ص 592) والبخاري (ج 3 ص 215) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 402) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 115) والأنوار (ج 1 ص 662) .

باعه أو بذله صداقاً أو وهبه وأقبضه ولو من ولده أو أخيه أو وقفه أو مات الموهوب له : فلا يجوز الرجوع في الهبة ولا في بدلها إن كان لها بدل . وكذلك لو كان ثوباً فأبلاه : لم يرجع ، ولو زال الملك ثم عاد يبيع أو هبة أو غير ذلك : فلا يجوز الرجوع ؛ لعدم بقاء سلطة الولد (الموهوب له) على الموهوب بعد زوال ملكه .

ولا يتمتع الرجوع برهن الموهوب ولا هبته قبل القبض ؛ لبقاء سلطة الواهب عليه ، وكذا الأرض بعد زراعتها لا يتمتع الرجوع فيها لبقاء السلطة عليها . وكذا الإجارة لا تمتنع الرجوع ، لأن العين باقية بحالها في ملك الواهب .

الشرط الثاني : أن لا يتعلق بالموهوب حق يمنع البيع . وذلك كما لو رهن الموهوب وأقبضه ، فامتنع بيعه بذلك ، وكذلك لو حُجِرَ على الموهوب له بالقلس فامتنع بيعه للموهوب ، فلا يجوز الرجوع ؛ إذ لم يَتَقَّ على الموهوب سلطة للواهب .

أما لو رهن الموهوب أو وهبه من غير إقباض : فله الرجوع . وكذا لو أعاره ، أو حُجِرَ عليه بالسفه ، أو زرع الأرض أو أجراها : جاز له الرجوع في الهبة ؛ وذلك لبقاء ولاية الولد على الموهوب .

الشرط الثالث : أن يكون الموهوب عيناً ، فلو وهبه ديناً كان عليه أو أبرأه منه : فليس له الرجوع ؛ لأنه لا بقاء للدين بعد هبته فأشبه ما لو وهبه شيئاً فلفظ .

الشرط الرابع : أن يكون الرجوع مُتَجَرِّزاً . فإن كان معلّقاً على شيء : لم يُجَز ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت : لم يصح رجوعه ؛ لأن الفسخ لا يقبل التعليق كالعقود ⁽¹⁾ .

قال ابن حزم في هذا الشأن : فإن تغيرت الهبة عند الولد حتى تَنقُطَ عنها الاسم ، أو خرجت عن ملكه ، أو مات ، أو صارت لا يحل تملكها فلا رجوع للأب فيه ؛ لأنها إذا تغيرت فهي غير ما جعل له النبي ﷺ الرجوع فيه . وإذا خرجت عن ملكه أو مات : فلا رجوع له . وإذا بطل تملكها فلا تملك للأب فيها أصلاً ⁽²⁾ .

وعلى أية حال فإن الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ولا هو من شيم المؤمنين الأبرار ، فإن من شيم المؤمنين السخاء والمروءة والأريحية ، ولا يلائم ذلك الرجوع في الهبة ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) : « ليس لنا مثلُ السوء ، العائد في

(1) معني المحتاج (ج 2 ص 402 ، 403) والأنوار (ج 1 ص 661 ، 662) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 115 ، 116) وأسهل المدارك (ج 3 ص 89) . (2) المحلى (ج 9 ص 136) .

هَبْتَهُ كَالْكَلْبِ يَغْرُدُ فِي قَيْبِهِ » (1) .

ألفاظ الرجوع

يحصل الرجوع بألفاظ صرائح كقوله : رجعت فيما وهبت ، أو ارجعت ، أو استرددت المال ، أو رددته إلى ملكي . أو قوله : أبطلت الهبة ، أو نقضتها ، أو فسختها . ولو لم يأت بلفظ الرجوع .

ويحصل الرجوع كذلك بالكناية من الألفاظ مع النية كقوله : أخذته وقبضته . وكل ما يَحْصُلُ به رجوعُ البائع بعد قَلَسِ المشتري يَحْصُلُ به الرجوعُ هنا .

ولا يحصل الرجوع ببيع الموهوب ولا بوقفه ولا هبته من غير الموهوب له الأول . وكذلك لا يحصل بعثته ، ولو فعل لم يصح بيعه ولا وقفه ولا هبته ولا عتقه .

وكذلك لو غره لا يحصل الرجوع ، فلو كان الموهوب ثوباً فصَبَّغَهُ أو قَصَّرَهُ ، أو كان حَبًّا فطحنه ، أو كان غزلًا فنسجه ، أو كان خَبثًا فذبحه ، أو خلطه بمال نفسه : لم يكن ذلك رجوعًا (2) .

ولو رجع الواهب ولم يسترد الموهوب كان (الموهوب) أمانةً في يد الموهوب له ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ؛ لأن المشتري أَخَذَهُ بحكم الضمان ، وعلى هذا لو هلك الموهوب في يد الموهوب له : لا يضمن ؛ لأن قَبْضَ الهبة قبضٌ غير مضمون ، فإذا انفسخ عقدُ الهبة بالرجوع بقي القبض - على ما كان قبل ذلك - أمانةً غيرَ موجبٍ للضمان فلا يصير مضمونًا عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات (3) .

على أن الحنفية يشترطون لصحة الرجوع قضاء القاضي أو الرضا ؛ إذ قالوا : لا يجوز الرجوع في الهبة بغير قضاء القاضي أو الرضا من الموهوب له . ووجه ذلك : أن الرجوع فسخٌ للعقد بعد تمامه ، وفسخُ العقد بعد تمامه لا يصح بدون القضاء والرضا ، إلا فيما وَهَبَهُ الوالدُ لولده ، فإنه يجوز فيه الرجوع من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه . خلافًا للشافعية ؛ إذ لم يشترطوا القضاء لجواز الرجوع

(1) أخرجه الترمذي عن ابن عباس (ج 3 ص 592) والبخاري (ج 3 ص 215) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 403 ، 404) والأنوار (ج 1 ص 662) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 662) والبنائع (ج 6 ص 134) .

بل يُثبت الرجوع بألفاظه الصرائح والكنيات كما بيناه آنفاً ⁽¹⁾ .

العوض في الهبة

للعلماء في ذلك تفصيل : فلو وهب شخص شيئاً لآخر مقيداً بنفي العوض : لم يجب العوض سواء وهبه لأعلى منه مرتبة كهبه الغلام لأستاذه ، أو وهبه للأدنى منه كالمالك يهب لواحد من رعيته ، أو وهبه لمثله في المرتبة .

ولو وهبه شيئاً مطلقاً عن تقييده بعوض وعدمه : فلا عوض له إن وهبه لمن هو دونه في المرتبة ؛ كالمالك يهب لواحد من رعيته والأستاذ لغلامه ؛ إذ لا يقتضيه (العوض) اللفظ ولا العادة .

وقد أُلحق الماوردي بذلك سبعة أنواع هي : هبة الأهل والأقارب ؛ لأن القصد الصلة ، وهبة العدو ؛ لأن القصد التآلف ، وهبة الغني للفقير ؛ لأن القصد تنفعه ، والهبة للعلماء والزهاد ؛ لأن القصد القرية والتبرك ، وهبة المكلف لغيره ؛ لعدم صحة الاعتياض منه ، والهبة للأصدقاء والإخوان ؛ لأن القصد تأكيد المودة ، والهبة لمن أعان بجاهه أو ماله ؛ لأن المقصود مكافأته . فهؤلاء لا يجب العوض في حقهم بدلاً عن الهدايا يأخذونها من الواهبين ، ويدخل في عموم ذلك هدية المتعلم لمعلمه .

ولو وهبه مطلقاً عن التقييد وكان الواهب أدنى منه مرتبة ، كهبه الغلام لأستاذه : فلا يجب العوض للواهب . وهو الأظهر في مذهب الشافعية ، وذلك كما لو أعاره داراً فلا يلزمه شيء . وفي قولهم الثاني : يجب العوض لأطراف العادة بذلك .

وكذلك لو وهبه مطلقاً عن التقييد بالعوض لمن هو مثله في المرتبة : لم يجب فيه العوض ؛ لأن القصد من ذلك الصلة وتأكيد الصداقة . وقيل : يجب العوض . والراجح في المذهب القول الأول .

أما الصدقة فتواهبها عند الله تعالى فلا يجب فيها العوض مطلقاً ، وهو مالا خلاف فيه . ولو وهبه شيئاً مشتركاً عليه عوضاً معلوماً كان ذلك بيعاً ، فإن تقابضا : صح العقد فصار في حكم البيع انتهاء عند الحنفية ؛ لأنه اشتمل على جهتين هما : جهة الهبة لفظاً ، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما . أما الشافعية فهو عندهم بيع ابتداءً وانتهاءً ؛

(1) البدائع (ج 6 ص 128 ، 134) والأبواب (ج 3 ص 662) .

لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، وهو قول المالكية في الجملة (1) .

العوض في الهدية

أما الهدايا ، فهي من حيث الأعراض وردها كالهبة . فلو أهدى شخص لآخر هدية على أن يقضي له حاجة أو يخدمه فلم يفعل : وجب عليه ردها إن بقيت أو بدلها إن تلفت أو انتزعت . ولو وهب شخصاً شيئاً بشرط عوض معلوم عليه كقوله له : وهبتك هذا على أن تعوضني بكذا .

فالأظهر صحة ذلك بالنظر للمعنى فهو عقد معاوضة بمال معلوم فصح وهو عقد بيع ثبت فيه أحكامه كما بيناه سابقاً . وإن كان العوض مجهولاً بطل العقد لجهالة الثمن ، على الخلاف .

وفي القول الثاني : الهدية بشرط العوض عقد باطل وإن كان العوض معلوماً ؛ وذلك لتناقض اللفظ ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع . والصحيح انعقاده على أنه يتبع بالنظر إلى المعنى ، وعلى هذا ثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيار وغيرهما . وهو الأظهر في مذهب الشافعية ، وهو قول الحنفية في الجملة .

ولو بعث شخص لآخر هدية في وعاء فإن لم تجر العادة برده كوعاء تمر فهو هدية لم يجب فيها العوض اعتباراً بالعرف المطرد ، ومثل ذلك غلبة الحلواء يبعث بها الناس بعضهم لبعض . أما إن جرت العادة برده ذلك أو اضطربت في ذلك العادة : فلا يكون هدية بل أمانة في يده كالوديعة . على أن العادة تختلف في رد الهدايا وعدم ردها باختلاف العادات في البلاد وباختلاف مراتب الناس .

وإذا لم يكن الوعاء المبعوث هدية : فإنه يحرم استعماله ؛ لأن ذلك انتفاع الشخص بملك غيره من دون إذنه (2) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 404) والأنوار (ج 1 ص 662) وبلغة السالك على شرح اللردير (ج 2 ص 319) والمحلى (ج 9 ص 127) وبداية المجتهد (ج 2 ص 303) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 48 ، 49) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 404 ، 405) والأنوار (ج 1 ص 662) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 117) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 48 ، 49) .

موانع الرجوع في الهبة

ثمة موانع لا يجوز معها الرجوع في الهبة نعرض لبيانها في هذا التفصيل :

المانع الأول : هلاك الموهوب ؛ فإنه لا سبيل إلى الرجوع فيما هلك ، وكذا في قيمته ؛ لأنها غير موهوبة ؛ لعدم ورود العقد عليها . ويتخرج عن ذلك ما لو زرع الموهوب له الحب أو فَرَخ البيض : فقد امتنع الرجوع في الأصل ؛ لأنه صار مستهلكا ⁽¹⁾ .

المانع الثاني : خروج الهبة عن ملك الموهوب له ؛ لأن هذا الخروج حصل بتسليط الواهب للموهوب له على الهبة فليس له أن يتقضمه ، ولأن الملك في الهبة قد تجدد بتجدد سببه ، وهو البيع أو الهبة أو نحوهما من الأسباب : فلا يصح الرجوع ⁽²⁾ .

المانع الثالث : الزيادة المتصلة في الموهوب . وهو قول الحنفية ؛ إذ ذهبوا إلى أن الزيادة المتصلة بأصل الموهوب تمنع الرجوع في الهبة ، سواء كانت الزيادة متولدة كما لو كانت شاة فسميت ، أو كانت غير متولدة وهي بفعل الموهوب له كما لو كانت دارا فبنى فيها ، أو أرضا ففرس فيها غرسا ، أو كان الموهوب ثوبا فضبعته أو قطعه قميصا وخاطه ؛ فلا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة ؛ لأن الزيادة ليست موهوبة ؛ إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة ؛ لأنه غير ممكن ، فامتنع الرجوع أصلا .

ولو صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه ولا ينقصه : فله أن يرجع ؛ لأن المانع من الرجوع هو الزيادة ، فإذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم ⁽³⁾ .

أما الشافعية فقالوا : إذا زاد الموهوب : رجع الأصل فيه بزيادته المتصلة ؛ وذلك كما لو كان الموهوب شاة فسميت ، أو أرضا فخرت لزراعتها ، فإن هذه الزيادة تتبع للأصل فتدخل فيه عند الرجوع . واستثنوا من هذا الأصل صورتين :

إحداهما : ما لو وهب بهيمة حائلا ثم رجع فيها وهي حامل ؛ فلا يرجع في غير الأصل وهي الأم . وهو المعتمد في المذهب .

(1) البدائع (ج 6 ص 128) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 46) ومغني المحتاج (ج 2 ص 403) والبنية (ج 7 ص 836) .

(2) نتائج الأفكار (ج 9 ص 43) والأنوار (ج 1 ص 661) ومغني المحتاج (ج 2 ص 402) .

(3) البدائع (ج 6 ص 129) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية وشرح المحقق سعدى أفندي (ج 9 ص 42) .

الثانية : ما لو وهبه نخلًا فأطلعت ثمرًا : فلا يرجع فيه ؛ لأنه ليس في ذلك معاوضة ولا تراض . وقيل : يلحق الثمر بالنخل ؛ ترجيحًا للتبعية . والأول أوجه في المذهب قياسًا على الحقل ⁽¹⁾ .

أما الزيادة المنفصلة فلا رجوع فيها بغير خلاف ، سواء كانت متولدة من الأصل كالنخل واللبن والتمر ، أو غير متولدة من الأصل كالغلة والكسب ، فإنها تبقى للموهوب له ؛ لحدوثها على ملكه ، ولأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ ، وإنما ورد على الأصل ، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة ⁽²⁾ .

المانع الرابع : العوض . وهو أن يعرض الموهوب له الواهب عن الهبة ؛ لأن مقصوده كان التميض وقد حصل ، فلا رجوع في الهبة من أجل ذلك . ودليل ذلك ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « الواهب أحق بهبته ما لم يئتب منها » ⁽³⁾ أي ما لم يعمّض ؛ لأن التعمّض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمتنع الرجوع .

على أن العوض الذي يشقّط به الرجوع هو ما شرط في العقد ، وهو أن يقول له الواهب : وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب ؛ فقد ذهبت الحنفية - باستثناء زفر - إلى أن هذا عقد هبة وجواره جواز بيع ، فهو بذلك هبة ابتداء ، يئب انتهاء ، وهو يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع فتتعلق به أحكامه كالشفعة والرد بالمعيب ، فدل ذلك أنه صار عوضًا عن الهبة .

وقالت الشافعية بما يشبه ذلك في الجملة ؛ إذ قالوا : لو وهب شخص شيئًا بشرط ثواب معلوم عليه كقوله : وهبتك هذا على أن تثيبني كذا ، فالأظهر صحة هذا العقد على أنه بيع ؛ نظرًا للمعنى ؛ فإنه معاوضة مالي بمال فصيح ، كما لو قال : بعتك . وعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيار وغيرهما ⁽⁴⁾ .

أما إذا كان العوض بعد العقد : فلا يشقّط الرجوع ؛ لأنه (العوض) غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرّع به ليشتقّط عن نفسه الرجوع في الهبة فتكون هيته بذلك مبتدأة .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 403) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 116) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 403) والبداية والآية (6 ص 129) ونفائج الأفكار (ج 9 ص 42) والبنية (ج 7 ص 833) .

(3) رواه ابن ماجه (2 / 798) رقم (2387) . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 721) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 404 ، 405) .

وبعبارة أخرى : فإن العوض المتأخر عن العقد كان لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء ، فلا يتمتع به الرجوع في الهبة ⁽¹⁾ .

المانع الخامس : الرحم المحرم ؛ فلو وهب لذي رحم محرم : فإنه لا رجوع في هبته ، وهو قول الحنفية . وحجتهم في ذلك قوله (عليه الصلاة والسلام) : « الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها » أي : لم يُعوض . وصلته الرحم عوض من حيث المعنى ؛ لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال .

واحتجوا كذلك بما أخرجه البيهقي عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيه » حديث ضعيف ⁽²⁾ .

وعلى هذا لا رجوع في الهبة للرحم المحرم ؛ لأن المقصود من الهبة صلة الرحم وقد حصل ؛ لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم ⁽³⁾ .

أما الشافعية فقالوا : يحق للأب أن يرجع في هبة ولده سواء كانت هبته هدية أو صدقة ، وكذا سائر الأصول من الجهتين لهم حق الرجوع في هبة الولد . ولو مع اختلاف الدين ، سواء أقبضها الولد أم لم يقبضها ، وسواء كان الولد غنياً أو فقيراً ، صغيراً أو كبيراً ؛ وذلك لما أخرجه البيهقي عن ابن عمر وابن عباس قالا : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل لرجل يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي عطية ثم يرجع فيها مثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فيه » ⁽⁴⁾ وهذا يدل على جواز الرجوع في الهبة من الأصل لولده دون غيره (الأصل) من الأقارب أو أولي الأرحام ⁽⁵⁾ .

أما المالكية فقالوا : إن للأب الحق في الرجوع فيما وهبه لابنه ما لم يترتب عليه حق لغيره كما لو تزوج أو استحدث ذئباً فكان مديناً ، فإن ترتب عليه شيء من ذلك : لم يُجز للأب الرجوع ، أما الأم فلها أن ترجع فيما وهبته لابنها ما دام أبوه حياً ، فإن مات : لم ترجع . وجملة ذلك : أن يتم الولد مانع من رجوع الأم في الهبة ⁽⁶⁾ .

(1) البداية (ج 7 ص 833) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 44) .

(2) البيهقي (ج 6 ص 181) .

(3) البداية (ج 7 ص 838 ، 839) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 44) والبدائع (ج 6 ص 132) .

(4) البيهقي (ج 6 ص 180) والرمذي (ج 3 ص 593) . (5) مغني المحتاج (ج 2 ص 401) .

(6) بداية المجتهد (ج 2 ص 303) وأسهل المدارك (ج 3 ص 89) .

المانع السادس : الرجوعية . وهو مذهب الحنفية ؛ إذ قالوا : لا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه . ووجه ذلك : أن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلّق بها التوارث في جميع الأحوال فلا يدخلها حجب الحرمان ، والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع ، فكذا ما يجري مجراها . وبعبارة أخرى : فإن المقصود من الزوجية الصلة كما في القرابة ، فلا يجوز فيها الرجوع في الهبة .

على أنه ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوّجها بثلث ما وهب لها : فله الرجوع ؛ وذلك لوقوع الهبة لأجنبية وكان مقصوده الغرض ولم يحصل . ولو أباها بعد ما وهب : فلا رجوع ؛ لأنها وقت الهبة زوجها (1) .

المانع السابع : الفقر . وهو مذهب الحنفية كذلك ؛ إذ قالوا : لا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها ؛ لأن الهبة من الفقير صدقة ، فإن الواهب يرجو بها الثواب كالصدقة ، ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها ؛ لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وإن لم يكن عوضاً في الحقيقة .

ولو تصدّق على غني فالقياس أن يكون له حق الرجوع ؛ لأن التصدّق على الغني لا يُطلب منه العوض عادة ؛ فكانت هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع . على أنه ليس له الرجوع عليه بالهبة استحساناً ، ووجه الاستحسان : أن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء ، كما لو كان له نصاب نجب فيه الزكاة وله عيال ولا يكفيه ما في يده ففي الصدقة عليه ثواب (2) .

المانع الثامن : موت أحد العاقدين . فإنه يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما لو انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فإن وارثه أجنبي عن العقد ؛ إذ لم يُوجِب (الوارث) الملك للموهوب له ، فلا يكون له حق الرجوع بل إن حق الرجوع إنما هو للواهب وليس للوارث وأهبا . وهو قول الحنفية ، والظاهر من مذهب الشافعية ؛ إذ قالوا : لو مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض : لم تنسخ الهبة ويُخَيَّر الوارث لكل منهما في القبض أو الإقباض . وكذا لو جُنَّ أحدهما أو أعْمِيَ عليه : لم تنسخ ، وتقبض الهبة بعد الإفاقة من الجنون أو الإغماء (3) .

(1) البناء (ج 7 ص 839) والبدائع (ج 6 ص 133) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 44) .

(2) البدائع (ج 6 ص 133 ، 134) .

(3) البناء (ج 7 ص 836) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 43) والأنوار (ج 1 ص 660) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 117) .

الصدقة

الصدقة تمليك لقصد ثواب الآخرة وهي لا تكون إلا لله ، وهي من مقتضى الهبة وأحد قسَمَيها فإن قسميها هي : الصدقة والهدية ، فلو ملكه الهبة ؛ لاحتياج أو لثواب الآخرة فهي صدقة ، وإن نقلها للموهوب له إكراماً فهي هدية . فكل من الصدقة والهدية هبة ولا عكس ، والحاصل أن الهبة تطلق شرعاً على ما يُقصد الصدقة والهدية ، وهي المرادة عند الإطلاق .

وجملة ذلك : أن الواهب لو أعطى محتاجاً شيئاً بلا عوض قاصداً ثواب الآخرة : كان ذلك صدقة . فقالوا : لابد من اجتماع الأمرين لتحقيق الصدقة هما : تمليك محتاج للعطية ، وقصد ثواب الآخرة .

ولدى التحقيق يستبين أن الحاجة للعطية غير معتبرة لحصول الصدقة ، وإنما يذكر هذا الأمر (الحاجة) على وجه التغليب ؛ لأن الغالب في الصدقة أن تُعطى للمحتاج . وعلى هذا فإنه ينبغي الاعتصار على أحد الأمرين وهو قصد الثواب في الآخرة ، فإن الصدقة على الغني جائزة ويُثاب عليها المتصدق إذا قصد بها القرية ، فخرج بذلك ما لو أعطى غنياً من غير قصد الثواب في الآخرة فنقلها إليه بنفسه أو بغيره على سبيل الإكرام ، فذلك هدية فقط ⁽¹⁾ .

ويشترط لتمام الصدقة قبضها ، وهو قول الجمهور . ووجه قولهم : أن الصدقة كالهبة من حيث الأركان والشروط ، فلا تتم إلا مقبوضة ؛ لأنها تبرع كالهبة . وعلى هذا فإنه لا تثبت ملكية الصدقة إلا بقبضها فلا تملك بمجرد العقد من غير قبض ⁽²⁾ .

ولا رجوع في الصدقة ؛ لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة قد غُوض الواهب عنها . وهو قول الحنفية ⁽³⁾ وبه قالت المالكية في الجملة ؛ إذا قالوا : لا رجوع في الصدقة أصلاً ولا اعتصار ⁽⁴⁾ ، ولا ينبغي للواهب أن يجمعها بشراء ولا غيره ،

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 397) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 115) وأسهل المدارك (ج 3 ص 93) .

(2) نتائج الأفكار (ج 9 ص 56) والبنية (ج 7 ص 864) وأسهل المدارك (ج 3 ص 94) ومغني المحتاج (ج 2 ص 400) والأنوار (ج 1 ص 659) .

(3) نتائج الأفكار (ج 9 ص 56) والبنية (ج 7 ص 864) .

(4) الاعتصار : الاستخراج من اليد ، ومنه العناصر الذي يصيب من الشيء ويأخذ منه ، ويقتصر الوالد على ولده في ماله : أي يمنعه إياه ويحبسه عنه . انظر مختار الصحاح (ص 436) .

وإن كانت شجرةً فلا يأكل من ثمرها ، وإن كانت دابةً فلا يركبها ، إلا أن ترجع إليه بالميراث (1) .

وفي هذا أخرج مسلم عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « مثلُ الذي يرجع في صدقه كمثل الكلب بقيءٌ ثم يعود في فيه فيأكله » (2) .

وأخرج مسلم عن ابن عمر أن عمر حمل على فرس في سبيل الله ثم رآها تباع ، فأراد أن يشتريها فسأل النبي ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : « لا تأخذ في صدقتك يا عمر » (3) .

* * *

الوقف

الوقف - في اللغة - : معناه الحبس ، ويُجَمَّع على وُقُوف وأوقاف ⁽¹⁾ .

ومعناه - في الشرع - : حبس مالٍ منتفع به على جهة مباحة مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته ، وهذا ما عليه أكثر أهل العلم ، بخلاف الإمام أبي حنيفة ؛ فقد عرّفه على أنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها ⁽²⁾ . وسوف نعرض لتفصيل ذلك في حكم الوقف إن شاء الله .

شرعية الوقف

ثبتت شرعية الوقف بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فمنه قوله تعالى : ﴿ لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ ⁽³⁾ وقوله جلّت قدرته : ﴿ وَمَا يَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ يُكْفَرُوهُ ﴾ ⁽⁴⁾ ، إلى غير ذلك من الآيات الكريمة في مثل هذا المعنى . وهي نصوص تدلّ بعمومها على شرعية الوقف ؛ لما فيه من إيتاء للبر وإنفاقٍ للمال الذي تحبه النفس لحبسه على مصالح المسلمين .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » ⁽⁵⁾ .

وأخرج مسلم عن ابن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يا رسول الله ، إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه ، فما تأمرني به ؟ قال : « إن شئت حبست أصلها وتصدق بها » قال : فتصدق بها عمر أنه لا يتناع أصلها ولا يتناع ولا يزوت ولا يؤهب . قال : فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف ، لا يجتاح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه ⁽⁶⁾ .

(1) لسان العرب (ج 9 ص 359) والمعجم الوسيط (ج 2 ص 1052) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 376) وكشاف القناع (ج 4 ص 240) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 200)

وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 296) .

(3) سورة آل عمران الآية (115) .

(4) سورة آل عمران الآية (92) .

(5) مسلم (ج 5 ص 74) .

(6) مسلم (ج 5 ص 73) .

وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب استأمر رسول الله ﷺ في صدقته بشمخ فقال : « احبس أصلها وسبل ثمرتها » (١) .

وقد تصدق كثير من صحابة رسول الله ﷺ بجزء من أموالهم ؛ إذ حبسوها على جهات متعددة من مصالح المسلمين ، حتى دُكر أنه لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف .

وهذا إجماع منهم ، فإن الذي قدّر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً (٢) .

وقد روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه قطع لعلي بن أبي طالب (رضي الله عنه) ينغ ثم اشترى علي إلى قطعة عمر أشياء فحفر فيها عينا ، فبينما هم يعملون فيها إذ تفجّر عليهم مثل عُثْقِ الجزور من الماء فأتى علي وبشر بذلك . ثم تصدق بها على الفقراء والمساكين وفي سبيل الله ، وابن السبيل القريب والبعيد ، وفي السلم وفي الحرب ليوم تبيض وجوة وتشتد وجوه ؛ ليصرف الله تعالى بها وجهي عن النار ويصرف النار عن وجهي (٣) .

وروي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب وأن علياً (رضي الله عنه) تصدق عليهم وأدخل معهم غيرهم (٤) .

وروي أن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) كان قد حبس دأزه التي في البقيع ودأزه التي عند المسجد وكتب في كتاب تحبسه على ما تحبس عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) . وكذا روي عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنه) فعل ذلك ، تحبس دأزه وكان يسكن مسكناً فيها (٥) .

وروي عن أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) أنه تصدق بدأره بمكة على ولده فهي إلى اليوم . وكذا تصدق عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بربعه عند المروة والثنية على ولده فهي إلى اليوم . وتصدق الزبير بن العوام (رضي الله عنه) بدأره بمكة في الحرامية ودأره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده فذلك إلى اليوم . وتصدق سعد بن أبي

(١) الدارقطني (ج ٤ ص ١٨٧) .

(٢) المغني (ج ٥ ص ٥٩٩) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٧٦) .

(٣) البيهقي (ج ٦ ص ١٦٠) . (٤) (٥ ، ٤) البيهقي (ج ٦ ص ١٦١) .

وقاص (رضي الله عنه) بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم .
وتصدق عثمان بن عفان برومة فهي إلى اليوم . وتصدق عمرو بن العاص (رضي الله
عنه) بالوهط من الطائف وداره بمكة على ولده فذلك إلى اليوم . وتصدق حكيم بن
حزام (رضي الله عنه) بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم ⁽¹⁾ .
وكذلك روي عن أنس أنه وقف دارًا بالمدينة فكان إذا حجَّ مرَّ بالمدينة فنزل داره ⁽²⁾ .

* * *

أركان الوقف

لوقف أربعة أركان ، نعرض لها في هذا التفصيل :

الركن الأول : الواقف

ويشترط فيه جملة شروط هي :

أولاً : العقل . فلا يصح الوقف من المجنون ؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة ؛
لكونه (الوقف) إزالة الملك بغير عوض ، والمجنون ليس من أهل التصرفات الضارة ؛
ولهذا لا تصح منه الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك ⁽³⁾ .

ثانياً : البلوغ . فلا يصح الوقف من الصبي ؛ لأنه (الصبي) ليس أهلاً للتبرع ؛ فإن
التبرع من التصرفات الضارة .

وجملة القول في ذلك : اشتراط التكليف في الواقف ليصح منه الوقف ، أي أن
يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله ، وهو المكلف الرشيد . وعلى هذا لا يصح
الوقف من الصغير أو المجنون أو السفهية كسائر تصرفاته ⁽⁴⁾ .

ثالثاً : الحرية . فلا يصح الوقف من العبد ؛ لأن الوقف إزالة للملك ، والعبد ليس من
أهل الملك ⁽⁵⁾ .

(1 ، 2) البيهقي (ج 6 ص 161) .

(3) البدائع (ج 6 ص 219) ومعني المحتاج (ج 2 ص 377) والأنوار (ج 1 ص 642) والشعر الداني (ص 556)

وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 298) .

(4) البدائع (ج 6 ص 219) والأنوار (ج 1 ص 642) وكشاف القناع (ج 4 ص 251) .

(5) البدائع (ج 6 ص 219) ومعني المحتاج (ج 2 ص 377) والشعر الداني (ص 556) .

رابعاً : الاختيار . فلا يصح الوقف من المكروه (١) .

خامساً : أن يكون الواقف مالكا للرقبة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، فلا يصح الوقف من زليج الصغير أو المجنون أو السفیه ، ولا من المستأجر والموصى له بالمنفعة مؤقتا أو مؤبداً ؛ لأن كلاً من هؤلاء غير مالك للرقبة .

وذلك الظاهر من مذهب الحنفية (٢) ، وكذا المالكية ؛ إذ ذهبوا إلى جملة ذلك لكنهم أجازوا وقف المنفعة فقالوا : يشترط في الواقف أن يكون مالكا للذات أو المنفعة التي أوقفها . قال مالك في المدونة : ولا بأس أن يكرى أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين ، فإذا انقضت كان النقص للذي بناه . أي يفعل به ما شاء ؛ لكون الوقف انتهى أجله ، فلا يُقضى حكم أنقاض المساجد المؤبدة (٣) .

سادساً : أن يُخرج الواقف الموقوف من يده ، ويُجْعَلَ له قِيَمًا ويُسَلِّمَهُ إليه . وهو قول الإمام أبي حنيفة ومحمد .

وروجه قولهما : أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة ، فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات . وعلى هذا فالتسليم في الوقف عندهما : أن يُجْعَلَ له قِيَمًا ويسلمه إليه ، وفي المسجد : أن يُصَلَّى فيه جماعة بأذان وإقامة بإذنه ، وذِكْرُ أنه إذا أُذِنَ للناس بالصلاة فيه فصلّى واحد كان تسليمًا ويَزُول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله) (٤) .

وذهبت المالكية إلى جملة ذلك ؛ إذ قالوا : وشرطه إخراجُه عن يده ، فإن أسسكه إلى مريض موته بطل ؛ إلا أن يُخْرِجَه مدةً يشتهر فيها ثم يتصرف فيه لأربابه ؛ أو يُقِفَ على صغار أولاده ويتصرف لهم .

وعلى هذا من حبس داراً فهي على ما جعلها عليه إن جيزت قَبْلَ موته ، ولو كانت حبساً على ولده الصغير جازت حيازته له إلى أن يبلغ ، وليكرها له ولا يسكنها ، فإن لم يدع سكنها حتى مات بطلت (٥) .

(١) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٣٧٧) والأنوار (ج ١ ص ٦٤٢) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢٩٨) .

(٢) الأنوار (ج ١ ص ٣٤٢) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٢٥١) والبدائع (ج ٦ ص ٢١٩) .

(٣) أسهل المدارك (ج ٣ ص ١٠٠) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢٩٨) .

(٤) البدائع (ج ٦ ص ٢١٩ ، ٢٢٠) .

(٥) أسهل المدارك (ج ٣ ص ١٠١) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢٩٩) والنمر الداني (ص ٥٥٦ ، ٥٥٧) .

وذهب أبو يوسف إلى أن هذا ليس بشرط واحتج بما روي أن سيدنا عمر (رضي الله عنه) وقف وكان يتولّى أثر وقفه بنفسه وكان في يده ، وروي عن سيدنا علي (رضي الله عنه) أنه كان يفعل كذلك ، ولأن هذا إزالة الملك لا إلى حدّ فلا يُشترط فيه التسليم كالإعتاق .

وأجيب عن احتجاجه بأن وَقَفَ سيدنا عمر وسيدنا علي (رضي الله عنهما) احتمل أنهما أخرجا الموقوف عن أيديهما وسلماه إلى المتولّي بعد ذلك فصح ، كمن وَهَبَ من آخر شيئاً ، أو تصدق ولم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم ، كذا هذا (1) .

الركن الثاني : الموقوف

ويُشترط فيه جملة شروط هي : أن يكون الموقوف عيّن ، معينة ، مملوكة ملكاً يَقْبَلُ النقل ، ويحصل منها فائدة أو منفعة ، وأن يُتَنَفَّعَ به (الموقوف) على الدوام ، انتفاعاً مباحاً ، مقصوداً .

وبذلك يخرج بالعين المنفعة والوقف الملتزم في الذمة ، ويخرج بالمعينة ما لو وقف أحد داريه .

وبالمملوكة ما لا يملك ، ويُستثنى من اعتبار الملك ما لو وقف الإمام شيئاً من أرض بيت المال ، فإنه يصح سواء أكان ذلك على معين أم جهة عامة ، ويُستدلّ لذلك بوقف عمر (رضي الله تعالى عنه) سواد العراق . وعلى هذا لو رأى الإمام وَقَفَ أرض الغنيمة كما فعل عمر (رضي الله تعالى عنه) جاز ؛ إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها ، سواء كان ذلك بعوض أو بغيره . وقد أفتى بذلك الشافعية وهو ما بيناه سابقاً . ويخرج بقبول النقل أيضاً الحقل ، فإنه لا يصح وقفه منفرداً وإن صح عتقه ، على أنه إن وقف حاملاً صح فيه تبناً لأمه .

والمراد بالفائدة : اللبن والثمرة ونحوهما ، والمنفعة : السكنى واللبس ونحوهما ويراد بدوام الانتفاع : الطعام ونحوه . وسيأتي ذكره في شروط الوقف إن شاء الله . ويخرج بالمباح وقف آلات الملاهي ، فلا يصح وقفها وإن كان فيها منفعة قائمة ؛ لأنها غير مباحة .

(1) البدائع (ج 6 ص 219) .

ويخرج بالمقصود وقف الدراهم والدنانير للترتين ، فإنه لا يصح على الأصح من مذهب الشافعية . وكذا المالكية والحنابلة ⁽¹⁾ .

إذا ثبت ذلك فإنه لا يصح وقف المنفعة المجردة ، خلافاً لقول المالكية في ذلك وقد بيناه سابقاً ، ولا وقف الجنين ، ولا وقف ما لا يملك ، ولا وقف الحر نفسه ؛ لأن رقبته غير مملوكة كما لا يهب نفسه . ولا يصح وقف آلات الملاهي ولا الكلب المقلّم ؛ لأنها غير مملوكة ، ولعدم صحة الاستئجار لمنافعها .

ولا يصح كذلك وقف الطعام ؛ لأن حصول منفعته في استهلاكه كالصابون ونحوه ، وكذلك الرياحين المشبومة لا يصح وقفها ؛ لسرعة فسادها . أما المزروعة فيصح وقفها للشم ؛ لبقائها مدة ، ولأن فيها نفعا آخر وهو التنزه ، ويصح وقف ما يدوم شمه نحو المسك والعبير والعود ونحو ذلك مما ينتفع بدوام شمه ، لا الذي منفعته في الاستهلاك .

ويصح وقف العقار والمنقول والشائع والمقسوم والمراعي والمصائد ، والعيون والآبار للنماء ، والأشجار للثمار ، والبهائم للبن والصوف والوبر والبيض ، والحلي لغرض اللبس ، والثقل دون الشغل ، والسفل دون العلو .

ولو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة لهما أو مستعارة كذلك ، أو موصى بمنفعتها ، فالأصح جوازه ، سواء أكان الوقف قبل انقضاء المدة أم بعده أو بعد رجوع المعير ؛ لأن كلاهما مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة مع بقاء عينه ، ويكفي دوامه إلى القلع بعد مدة الإجارة أو رجوع المعير . وهو الأصح من مذهب الشافعية ⁽²⁾ ، وفي قولهم الثاني : عدم الجواز ؛ لأن الموقوف معرض للقلع فكأنه وقف ما لا يُنتفع به ⁽³⁾ .

وللحتمية في ذلك تفصيل ؛ إذ قالوا : يُشترط في الموقوف أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه ؛ فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً ؛ لأن التأييد شرط جواز الوقف ، ووقف المنقول لا يتأيد ؛ لكونه على شرف الهلاك ، فلا يجوز وقفه مقصوداً إلا إذا كان تبناً للعقار ، بأن وقف ضيعةً بقرها فيجوز .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 377) والأنوار (ج 1 ص 142) وأسهل المدارك (ج 1 ص 108) وكشاف القناع (ج 4 ص 243) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 377) والأنوار (ج 1 ص 142) وكشاف القناع (ج 4 ص 243) وشرح الدردير (ج 2 ص 298) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 377 ، 378) والأنوار (ج 1 ص 142) والبدائع (ج 5 ص 220) .

وجوازُه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق ، فإنه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض والدار .

ولو وقف أشجاراً قائمة ، فالقياس أن لا يجوز ؛ لأنه وَقَفَ المتقول . وفي الاستحسان يجوز ؛ لتعامل الناس بذلك ، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

ولا يجوز وقف الكُراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة ؛ لأنه منقول ولم يُجَرِّ به العادة ، وعند أبي يوسف يجوز . ويجوز عندهما بيع ما هَرِمَ منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله .

كأنهما تركا القياس في الكُراع والسلاح بالنص وهو ما روي عن النبي (عليه الصلاة والسلام) أنه قال : « أما خالِدٌ فإنكم تظلمون خالداً ؛ فقد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله » ⁽¹⁾ ، وقد أُجيب عن احتجاجهما بهذا الحديث بأنه ليس فيه أنه وَقَفَ ذلك . فاحتل قوله : « احتبس » أي أمسكه للجهاد لا للتجارة .

أما وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة ، وأما على قول الصحابين فثمة خلاف فيه بين علماء المذهب ⁽²⁾ .

ويجوز وقف المشاع كنصف أو سهم من عين يصح وقفها . وهو الذي عليه جمهور أهل العلم وفيهم الشافعية والمالكية والحنابلة ، وكذا أبو يوسف من الحنفية ، فقد ذهب هؤلاء إلى أنه يجوز وقف المشاع من عقارٍ أو منقول مثلما يجوز في المنسوم ⁽³⁾ .

واحتجوا في ذلك بما أخرجه الدارقطني عن ابن عمر قال : قال عمر بن الخطاب للنبي ﷺ : إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط هو أعجب إليّ منها ، وقد أردت أن أتصدق بها . فقال النبي ﷺ : « احبس أصلها وسبّل ثمرتها » ⁽⁴⁾ . وذلك يدل على أن الشيوع صحة للوقف .

وعند محمد من الحنفية : أنه يُشترط أن يكون الموقوف مقسوماً ، فلا يجوز عنده

(1) رواه البيهقي عن أبي هريرة (ج 6 ص 163) .

(2) البدائع (ج 6 ص 220) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 216) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 377) والبدائع (ج 6 ص 220) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 101)

وكشاف القناع (ج 4 ص 243) . (4) الدارقطني (ج 4 ص 193) .

وَقَفَّ المشاع ؛ لأن التسليم شرط الجواز عند محمد ، والشيوخ يُجْزَلُ بالقبض والتسليم (1) .

الركن الثالث : الموقوف عليه

والموقوف عليه قسمان :

القسم الأول : ما كان على معين .

فإن وَقَفَّ على معين واحد أو اثنين أو جمع ، فإنه يُشترط إمكان تملكه في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج . وعلى هذا لا يصح الوقف على ولده وهو لا وَلَدَ له ، ولا على فقير أولاده ولا فقير فيهم ، فإن كان فيهم فقيرٌ وغنيٌ صح ، ويُعطى منه أيضًا من اختقر فيما بعد .

ويُشترط أيضًا أن يكون أهلاً لتملك الموقوف . فلا يصح الوقف على جنين ؛ لعدم صحته تملكه ، سواء أكان مقصودًا أم تأبغا ، حتى لو كان له أولادٌ وله جنينٌ عند الوقف لم يدخل ، لكنه لو انفصل الجنين دخل معهم في استحقاق الموقوف إلا أن يكون الواقف قد سُمي الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل .

وعلى هذا لا يصح الوقف على الميت ؛ لأنه لا يملك ، ولا على أحد هذين الشخصين ؛ لعدم تعيين الموقوف عليه . ولا يصح على العبد ؛ لأنه ليس أهلاً للملك . ويصح الوقف على الأرقاء الموقوفين لخدمة الكعبة ونحوها كقبره ﷺ وبيت المقدس ، كالوقف على علف الدواب المرصدة في سبيل الله .

ولا يصح الوقف على الدار وإن قال على عمارتها ؛ لأنها لا تملك إلا إذا قال : وقفت هذا على هذه الدار لطارقها ؛ لأن الموقوف عليه حقيقة طارقها ، وهم يملكون .

ولو أطلق الوقف على بهيمة مملوكة أو قيَّده بعلفها ، فقد لنا الوقف عليها ؛ لأنها ليست أهلاً للملك بحالٍ كما لا تصبح الهبة لها ولا الوصية . وقيل : هو وقفٌ على مالكها فيصح كالوقف على العبد ، فإن قصد مالكها فهو وقف عليه . وخرج بالمملوكة الموقوفة كالخيل الموقوفة في الثغور ونحوها فيصح الوقف على علفها .

ويصح الوقف من مسلم أو ذمي على ذمي معين كصدقة التطوع ، وهي جائزة عليه ، ولكن يشترط في صحة الوقف عليه أن لا يَظْهَرَ فيه قصدٌ معصية . فلو قال : وقفت

(1) البدائع (ج 6 ص 220) .

على خدام الكنيسة ، لم يصح ، ويُشترط أيضًا أن يكون ممن يمكن تملكه ، وبذلك يمنع وقف المصحف وكتب العلم والعبد المسلم عليه ، والجماعة المعينون كالواحد ⁽¹⁾ .

ولا يصح الوقف على مرتد ، ولا حربي ، ولا وقف الشخص على نفسه . وذلك على الأصح في الثلاثة ، أو في الأول والثاني ؛ لأنها لا دوام لهما مع كفرهما ، والوقف صدقة جارية . فكما لا يوقف ما لا دوام له لا يُوقف على من لا دوام له ، أي مع كفره . وفي رأي : يصح الوقف عليهما كالذمي .

وأما الثالث فلتعذر تملك الإنسان ملكه لنفسه ؛ لأنه حاصلٌ وتحصيلُ الحاصل محالٌ . وفي رأي : يصح ؛ لأن استحقاق الشيء وفقًا غير استحقاقه ملكًا .

ومثل وقفه على نفسه ما لو وقف على الفقراء وشرط أن يأخذ معهم من ريع الوقف ، فلا يصح ؛ لفساد الشرط . أما قول عثمان (رضي الله عنه) في وقفه بقر رومة : ذلوي فيها كيدلاء المسلمين ، فإن ذلك ليس على سبيل الشرط ، بل هو إخبار بأن للواقف أن ينتفع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه ⁽²⁾ .

وُثِّبَتْنِي من عدم صحة الوقف على النفس مسائل :

منها : ما لو وقف على العلماء ونحوهم كالفقراء واتصف بصفاتهم ، أو على الفقراء ثم افتقر ، أو على المسلمين كأن وقف كتابًا للقراءة ونحوها ، أو قدرًا للطيخ فيه ، أو كيزانًا للشرب بها ونحو ذلك : فله الانتفاع معهم ؛ لأنه لم يقصد نفسه .

ومنها : ما لو وقف على أولاد أبيه الموصوفين بكذا وذكر صفاتٍ نفسه : فإنه يصح .

ومنها : ما لو شرط النظر لنفسه بأجرة المثل ، لأن استحقاقه لها من جهة العمل لا من جهة الوقف ، فينبغي أن تستثنى هذه الصورة ، فإن شرط النظر بأكثر منها : لم يصح الوقف ؛ لأنه وقف على نفسه .

ومنها : أن يؤجر ملكه مدةً يُظن أن لا يعيش فوقها منجمةً ، ثم يقفه بقدر على ما يريد : فإنه يصح الوقف ويتصرف هو في الأجرة . والأحوط أن يستأجره بعد الوقف من المستأجر ؛ لينفرد باليد ويأمن خطو الدّين على المستأجر .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 379 ، 380) والأنوار (ج 1 ص 643) وكشاف القناع (ج 4 ص 249 وما بعدها) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 380) والأنوار (ج 1 ص 643 ، 644) وكشاف القناع (ج 4 ص 245 - 247) .

ومنها : أن يرفعه إلى حاكم يرى صحته : فإنه لا ينقض حكمه .

ولو وقف وقفًا ليخرج عنه منه : فإنه يجوز ، وهو قول الماوردي . وليس هذا وقفًا على نفسه ؛ لأنه لا يملك شيئًا من غلته . فإن ارتد : لم يجوز صرفه في الحج بل يصرف إلى الفقراء ، فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه . ولو وقف على الجهاد عنه جاز كذلك ، فإن ارتد فالوقف على حاله ؛ لأن الجهاد يصح من المرتد بخلاف الحج ^(١) .

القسم الثاني : ما لو كان الموقوف على غير معين .

فلو وقف مسلم أو ذمي على جهة معصية كعمارة الكنائس ونحوها من متعبدات الكفار للتعبد فيها ، أو وقف على شخصها وفرضها أو قناديلها أو خدامها أو كتب التوراة والإنجيل ، أو السلاح لقطاع الطريق : فهو باطل ؛ لأنه إعانة على معصية ، والوقف إنما شرع للتقرب . أما عمارة كنائس غير التعبد ككنائس نزول المارة فيصح الوقف عليها .

ولو وقف على جهة قربة ، أي يظهر فيها قصد القربة لقربة قوله كالفقراء والعلماء والقرءاء والمجاهدين والمساجد والكمبة والمدارس والثغور وتكفين الموتى : فإنه يصح ؛ وذلك لعدم أدلة الوقف ^(٢) .

على أن فقير الزكاة والوقف واحد ، فمن شئخ من أحدهما منع من الآخر . وعلى هذا يجوز الصرف على المساكين أيضًا ، ومن تفصيلات الشافعية في المسألة في الأصح من مذهبهم أنه لا يغطى من وقف الفقراء فقيرة لها زوج يمونها ، ولا المكفئ بنفقة أبيه .

والمراد بالعلماء هم أصحاب علوم الشرع ، ويدخل في الوقف على الفقهاء من حصل في علم الفقه شيئًا يفتدي به إلى الباقي وإن قل ، وليس المبتدئ من نحو شهر . والمراد بالوقف على سبيل البر أو الخير أو الثواب : أقرباء الواقف ، فإن لم يوجدوا فأهل الزكاة غير العاملين والمؤلفة ، وفي الوقف على سبيل الله : الغزاة الذين هم أهل الزكاة .

ولو وقف على جهة لا تظهر فيها القربة كالأغنياء وأهل الذمة والفسقة : صح في الأصح من مذهب الشافعية ؛ نظرًا إلى أن الوقف تمليك . وفي قولهم الثاني : لا يصح ؛ نظرًا إلى ظهور قصد القربة ، وهو قول الحنابلة . وفي قول ثالث للشافعية أيضًا : يصح

(١) معني المحتاج (ج ٢ ص ٣٨٥) .

(٢) معني المحتاج (ج ٢ ص ٣٨٥ ، ٣٨١) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٢٤٩) .

على الأغنياء ويطلق على أهل الذمة والفسقة . ومن صرح بصحة الوقف على اليهود والنصارى الماوردي ؛ لأن الصدقة عليهم جائزة .

ولا يصح الوقف على علف الطيور المباحة ؛ لكونها ليست أهلاً للملك ، ولا يصح الوقف أيضاً على تزويق المسجد أو نقشه ، ولا على عمارة القبور ؛ لأن المولى صائرون إلى اليلئى ، فلا يليق بهم العمارة ⁽¹⁾ .

الركن الرابع : الصيغة

لا يصح الوقف إلا بلفظ من ناطق يشعر بالمراد كسائر التمليكات .

وفي معنى اللفظ إشارة الأخرس المفهمة وكتابه ، ويستثنى من اشتراط اللفظ ما إذا بنى مسجداً في موات ونوى بجعله مسجداً ، فإنه يصير مسجداً ولم يَحْتَجْ إلى لفظ ؛ لأن الفعل مع النية مغنيان هنا عن القول ⁽²⁾ .

ولفظ الواقف ينقسم إلى صريح وكناية : أما الصريح : فهو كأن يقول وقفت كذا على كذا . فإن لم يقل على كذا : لم يصح . أو يقول : أرضي موقوفة عليه ؛ وذلك لاشتهاره لغة وعرفاً . والتسبيل والتحبيش صريحان على الصحيح ؛ وذلك لتكررها شرفاً واشتهارهما عرفاً . وما نقل عن الصحابة وقف إلا بهما . والقول الثاني : إنهما كنايةتان لأنهما لم يشتهرا اشتهاز الوقف ⁽³⁾ .

(1) منفي المحتاج (ج 2 ص 381) والأنوار (ج 1 ص 644) وكشاف القناع (ج 4 ص 246 - 248) .

(2) منفي المحتاج (ج 2 ص 382) والأنوار (ج 1 ص 645) وأسهل المدارك (ج 3 ص 100) وكشاف القناع (ج 4 ص 241) .

(3) منفي المحتاج (ج 2 ص 382) والأنوار (ج 1 ص 645) .

شروط صحة الوقف

لوقف جملة شروط ، نعرض لها في هذا التفصيل :

الشرط الأول : التأييد . وذلك كالوقف على من لا ينقرض ، كالفقراء والعلماء والمساجد والقناطر والسقايات والغزاة ، وكذا من ينقرض . وعلى هذا لو وقَّعت لفظاً وقال : وقفت هذا سنة أو عشرًا أو مائة على أن يعود إلي بعدها : بطل . أما لو وقت ضمناً كما لو سُمي من كان آخره منقطعاً بأن قال : وقفت على أولادي ، ولم يذكر المصرف بعده ، أو قال : وقفت على فلان ثم على عقبه ولم يزد غير هذا . أو قال : وقفت على زيد ما عاش : صح وقفه .

وإذا انقرضوا بقي الوقف وصرف إلى أقرب الناس رحماً إلى الواقف وقت الانقراض فإن لم يكن ثمة أقارب أو انقرضوا بعد ذلك ، صُرفَ الموقوفُ إلى الفقراء والمساكين . وذلك قول الشافعية والحنفية ، وهو الظاهر من مذهب الحنابلة ^(١) خلافاً للمالكية ؛ إذ قالوا : لا يُشترط التأييد في الوقف ، بل يجوز للواقف أن يقيمه سنة أو أكثر لأجل معلوم ، ثم يرجع ملكاً له أو لغيره ^(٢) .

الشرط الثاني : التنجيز . وهو أن يكون الوقف غير معلق ولا مؤقَّت ولا مشروط بنحو خيار . فلو علقه بشرط لا يصبح الوقف . وذلك كقوله : إذا قدم زيد ، أو وُلِدَ لي ولَدٌ ، أو جاء رمضان فداري وقف على كذا . وكذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر ، أو قدم فلان فقد وقفت كذا ؛ فإنه لا يصح الوقف ؛ لعدم وقوعه منجزاً .

أما إن قال : هو وقفٌ بعد موتي : صح وقفه ؛ لأنه تبرعٌ مشروط بالموت فصَح ، كما لو قال : قفروا داري بعد موتي على كذا . ويُحققُ لذلك بأن عمر (رضي الله عنه) وصَّى فكان في وصيته : « هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أنْ ثَمَعًا صدقة » ^(٣) .

على أنه يُعتبر الوقفُ المعلقُ بالموت من ثلث مآلِ الواقف ؛ لأنه في حكم الوصية ،

(١) الأنوار (ج ١ ص ٦٤٦) والبدائع (ج ٦ ص ٢٢٠) والنهاية (ج ٨ ص ١٥٦) وحاشية الشرقاوي (ج ١ ص ١٧٣) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٢٥٠) .

(٢) بلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٣٠٠) .

(٣) رواه أبو داود على نحو ذلك (ج ٣ ص ١١٦ ، ١١٧) .

فإن زاد على الثلث تَوَقَّفَ لزوم الوقف في الزائد على إجازة الورثة .

الشرط الثالث : الإلزام . فلو وقف بشرط الخيار لنفسه في إبقاء وقفه والرجوع فيه متى شاء ، أو شرطه لغيره ، أو شرط عودته إليه بوجه من الوجوه كما لو شرط أن يبيعه ، أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء : فإنه يبطل الوقف ، وهو قول الحنابلة ، والشافعية في الأصح من مذهبهم ؛ لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى الوقف ، وفي مقابل ذلك يصح الوقف عندهم ويلغو الشرط كقول الحنابلة (1) .

ولو شرط أن لا يُؤجَّر أو لا يُوجَر إلا سنة أو سنتين أو ثلاثاً أو أكثر ؛ أتبع شرطه . ولو شرط أن لا يُؤجَّر أكثر من سنة فأُجِّرَ عشر سنين في عشرة عقود كل عقد سنة بأجرة مثل تلك السنة من شخص : صححت الإجازات كلها .

ولو جعل داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو داره مدرسة ؛ فلكل واحد أن يُصَلِّيَ ويعتكف في المسجد ، ويدفن في المقبرة ، ويسكن في المدرسة إن كان أهلاً لذلك ، ولا فرق بين الواقف وغيره في حق الانتفاع .

ولو شرط اختصاص المسجد بأصحاب الحديث وهم فقهاء الشافعية ، أو بأصحاب الرأي وهم فقهاء الحنفية ، أو بطائفة أخرى معلومين ، أو شرط في المدرسة أو المقبرة الاختصاص بطائفة من الناس ؛ وجب اتباع شرطه ، وليس لغيرهم المزاومة ؛ رعاية للشرط من الواقف ، وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر (2) .

الشرط الرابع : تعيين الموقوف عليه . وهو أن يَقِفَ على معين كمسجد كذا ، أو كزيد مثلاً .

وعلى هذا يُشترط بيان المصرف . فلو اقتصر على قوله : وقفت كذا ، أو وقفت على من أشاء : بطل . وكذا لو وقف على أحد هذين الرجلين أو المسجدين ؛ لا يصح ؛ لعدم التعيين ، وللجهالة ؛ إذ لا يصح الوقف على مجهول كقوله : وقفت هذا على رجل أو على مسجد . وهو قول الشافعية والحنابلة (3) ، بخلاف المالكية ؛ إذ قالوا : لا يُشترط على الواقف تعيين المصرف ، أي محل صرفه . فله أن يقول : أوقفته لله تعالى

(1) الأنوار (ج 1 ص 647) ومنه المحتاج (ج 2 ص 385) وكشاف القناع (ج 4 ص 251) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 647) وكشاف القناع (ج 4 ص 248) .

(3) كشاف القناع (ج 4 ص 249) والأنوار (ج 1 ص 647 ، 648) .

من غير تعيين مَنْ يُصْرَفُ لَهُ (1) .

الشرط الخامس : أن يكون الوقف على يَرْ . والبر اسم جامع للخير ، وأصله الطاعة لله تعالى . والمراد به هنا : اشتراط معنى القرية في الصرف إلى الموقوف عليه ، وهو قول الحنابلة . ووجه قولهم : أن الوقف قريةً وصدقةً فلا بد من وجودهما فيما لأجله الوقف شَرْع ، سواء كان الوقف من مسلم أو ذمي ؛ لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي ، كالوقف على غير معين .

على أن القرية قد تكون على آدمي كالفقراء والمساكين والغزاة والعلماء والمتعلمين ، وقد تكون على غير آدمي كالحج والغزو وكتابة الفقه وكتابة العلم وكتابة القرآن . وكذا السقايات (2) .

وكذا القناطر وإصلاح الطرق والمساجد والمدارس والمستشفيات ، وكذا الأقارب ؛ فإنه يصح الوقف على القريب من مسلم وذمي (3) .

ولا يصح الوقف على مباح كتعليم شئ مباح ، خلافاً للشافعية في الظاهر من مذهبهم ؛ إذ لم يعتبروا هذا الشرط ، وبذلك يجوز الوقف عندهم على ما ليس بمعصية كالوقف على الأغنياء . أي أن المعتبر انتفاء المعصية ، وليس وجود ظهور القرية (4) .

ولا يصح الوقف على معصية وهو ما لا خلاف فيه ، ويصح الوقف على ذمي معين غير قريبه ولو من مسلم ؛ لجواز صلته . ولا يصح وقف الشئ وإن لم تكن حريراً لغير الكعبة كوقفها على الأضرحة ؛ لأن ذلك ليس بقرية . ولا يصح كذلك على كنائس وبيوت نارٍ لعبادتها ، ولا على بيع وصوامع وديورة ومصالحها كقناديلها وفرشها ووقودها وسدنتها ؛ لأن ذلك معونة على معصية .

ولو كان الوقف على ما ذكر من ذمي : لم يصح ؛ لأن ما لا يصح من المسلم لا يصح كذلك من الذمي . ويصح الوقف على مَنْ ينزل هذه الكنائس والديورة ونحوها كالمجتازين والمارين بها فقط ؛ لأن الوقف عليهم وليس على البقعة .

(1) أسهل للمبارك (ج 3 ص 102) .

(2) السقايات : مفردا : سقاية ، وهي في الأصل الموضع الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم وغيرها ، وتطلق على ما بني لقضاء الحاجة .

(3) كشف القناع (ج 4 ص 245 ، 246) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 381) والأبواب (ج 1 ص 644) .

ولا يصح الوقف على كتب التوراة والإنجيل حتى لو كان الوقف من ذمي ؛ وذلك لوقوع التبديل والتحريف في كتبهم .

والوصية في ذلك كالوقف فتصح فيما يصح الوقف عليه وتبطل فيما لا يصح (الوقف) عليه .

ولا يصح الوقف على طائفة الأغنياء وقطاع الطريق وجنس الفسقة ، ولا على تنوير قبر أو تبيخيره ؛ لأن ذلك ليس من البر . ولا يصح الوقف كذلك على بناء مسجد على القبر ، ولا وقف البيت الذي فيه القبر مسجداً .

ولا يصح الوقف كذلك على حربي ولا على مرتد ؛ لأن ملكه تجوز إزالته والوقف يجب أن يكون لازماً ، ولأن إتلاف أنفسهما والتضييق عليهما واجب ، فلا يجوز فعل ما يكون سبباً لبقائهما والتوسعة عليهما (1) .

الشرط السادس : أن يكون الواقف من يصح تصرفه في ماله . وهو المكلف الرشيد المختار ، ويتحقق ذلك كله بشروطه وهي العقل والبلوغ والحرية .

فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون ؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة ؛ لكونه إزالة للملك بغير عوض ، والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ، ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والعق ونحو ذلك .

وكذا الحرية فإنه لا يصح الوقف من العبد ؛ لأنه ليس من أهل الملك ، وكذلك لا بد أن يكون الواقف مختاراً فلا يصح من مكره (2) .

الشرط السابع : أن يكون الوقف في عين معلومة يصح بيعها ، بخلاف المصحف ، فإنه يصح وقفه وإن لم يصح بيعه على الخلاف في ذلك . ويعتبر في العين الموقوفة أيضاً أن يمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً كإجارة واستغلال ثمرة ونحو ذلك ؛ لأن الوقف يراد للدوام ؛ ليكون صدقة جارية ، ولا يكون ذلك فيما لا تبقى عينه (3) .

ويستوي في ذلك ما لو كان الموقوف عقاراً كأرض أو شجر ، أو منقولاً كالحليوان ،

(1) كشف القناع (ج 4 ص 246 - 248) .

(2) البدائع (ج 6 ص 219) وكشاف القناع (ج 4 ص 251) والأنوار (ج 1 ص 642) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 298) ومغني المحتاج (ج 2 ص 377) .

(3) كشف القناع (ج 4 ص 243) ومغني المحتاج (ج 2 ص 377) .

أو أئانًا كِبَسَاطٍ يُفَرِّشُ في مسجد وغيره ، أو سِلَاحًا ، أو مصحفًا أو كتب علم ، أو نحو ذلك من المنقولات .

أما غير المنقول كالأرض : فوقفه جائز بالإجماع فضلًا عن الاحتجاج بالسنة .

فقد أخرج الدارقطني عن ابن عمر قال : أصاب عمر (رضي الله عنه) أرضًا بخير فأثنى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، ما أصبت مالا قط هو أنفس عندي منه ، فما تأمرني ؟ فقال : « إن شئت جعلتها لله ؛ حبست أصلها ، وتصدقت بها » فجعلها عمر صدقة على الفقراء وفي القريب وفي الرقاب وابن السبيل والضيف ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متمول فيه ^(١) .

أما المنقول : فجائز وقفه كذلك ؛ فقد أخرج البيهقي عن أبي هريرة قال : بعث رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) على الصدقة فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس ، فقال رسول الله ﷺ : « ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرًا فأغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا ؛ فقد احتبس أذراعه واعتاده في سبيل الله » ^(٢) .

وما عدا ذلك من المنقولات فمقيس عليه ؛ لأن فيه نفعًا مباحًا مقصودًا فجاز وقفه كوقف السلاح . وذلك الذي عليه عامة العلماء وفيهم الشافعية والمالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية وقال به أهل الظاهر في الجملة ^(٣) .

أما الإمام أبو حنيفة فقد اشترط لجواز الوقف أن يكون الموقوف مما لا يثقل ولا يحول كالعقار ونحوه فقط . فلا يجوز وقف المنقول ؛ لأن التأييد شرط لجواز الوقف ، ووقف المنقول لا يتأيد ؛ لكونه على شرف الهلاك ، فلا يجوز وقفه مقصودًا . أما لو كان غير مقصود فيجوز وقفه كما لو كان تبعًا للعقار بأن وقف أرضًا بما فيها من أبقار وآلات . فعلى هذا فالكُزَاع ^(٤) والسلاح في سبيل الله لا يجوز وقفه ؛ لأنه منقول ولم تجر العادة بوقفه ، وكذا الكتب ؛ لأنها منقولة خلافاً للصاحبين ؛ فإنه يجوز وقف المنقول في قولهما ^(٥) .

(١) الدارقطني (ج ٤ ص ١٨٨) . (٢) البيهقي (ج ٦ ص ١٦٤) .

(٣) كشف القناع (ج ٤ ص ٢٤٣) والعلوي (ج ٩ ص ١٧٥) ، ومنه المحتاج (ج ٢ ص ٣٧٧) والبدائع (ج ٦ ص ٢٢٠) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢٩٨) .

(٤) الكُزَاع - بضم الكاف -- : اسم جامع للخيل والسلاح . انظر المعجم الوسيط (ج ٢ ص ٧٨٣) ومختار

الصحيح (ص ٥٦٧) . (٥) البدائع (ج ٦ ص ٢٢٠) .

ويصح وقفُ المشاع كنصف أو سهم من عين . وهو قول أكثر العلماء وهو ما ورد ذكره سابقاً ؛ فقد أخرج الدارقطني عن ابن عمر قال : قال عمر بن الخطاب للنبي ﷺ : إن المائة سهم التي لي بخير لم أصيب مالا قطُّ هو أعجب إلي منها ، وقد أردت أن أتصدق بها . فقال النبي ﷺ : « أحبس أصلها ، وسجل ثمرتها » (1) .

وعلى هذا لو وقف المشاع مسجداً ثبت فيه حكم المسجد في الحال بمجرد التلفظ بالوقف ، فيُمنع من دخوله الخنث والسكران والخائض ومن عليه نجاسة تتعدى فيصاب منها المسجد .

وقد ذهب إلى ذلك جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر ، وقال به أبو يوسف من الحنفية ، إذ قال : ليس شرطاً أن يكون الموقوف مقسوماً ، ويجوز مقسوماً كان أو مشاعاً (2) . بينما قال محمد : يُشترط أن يكون الموقوف مقسوماً فلا يجوز وقفُ المشاع ؛ لأن التسليم شرطٌ لجواز الوقف والشروع يُخلُّ بالقبض والتسليم (3) .

أحكام الوقف اللفظية

الأصل في ذلك أن شروط الواقف من الترتيب والتشريك وغيرها يجب أن تكون مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف .

إذا ثبت هذا فإن الواقف إذا تلفظ في صيغة وقفه بحرفٍ عطفي يقتضي تشريكاً أو ترتيباً : وجب العمل به . فلو قال الشخص : وقفت كذا على أولادي ؛ وأولاد أولادي ؛ فإن ذلك يقتضي التسوية في أصل الإعطاء والمقدار بين كل الأولاد ، وهم جميع أفراد الأولاد وأولادهم سواء فيهم الذكور والإناث ؛ لأن الواو هنا مطلق الجمع وليس للترتيب .

ولو زاد على أولاد أولادي بقوله : ما تناسلوا . فإنه يجب التسوية كذلك بين الجميع ، أي كأنه قال : وقفت عليهم وعلى أعقابهم ما تناسلوا ؛ فإن ذلك يقتضي التعميم في الإعطاء ، والتعميم معناه التسوية فيكون ذلك بمنزلة قوله : وإن سَقَلُوا ، وكأنه قال : عليهم وعلى أعقابهم ما تناسلوا . وذلك يفيد التسوية فيكون بمنزلة قوله : وإن سَقَلُوا .

ولو زاد بقوله : بطناً بعد بطن أو نسلاً بعد نسل فذلك يقتضي الترتيب ، وهو قول

(1) الدارقطني (ج 4 ص 193) .

(2) كشاف القناع (ج 4 ص 243) والمحلى (ج 9 ص 182) والبدائع (ج 6 ص 220) وأسهل المدارك

(ج 3 ص 101) والأنوار (ج 1 ص 642) . (3) البدائع (ج 6 ص 220) .

الجمهور . وذلك كقوله الأعلى فالأعلى . وقيل : قوله : (تَعَدَّ) يفيد التسوية بين الجميع ، فيشارك البطلُ الأسفلُ البطلُ الأعلى كقوله : ما تناسلوا . ووجه ذلك : أن (بعد) تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى : ﴿ وَالْأَرْضَ بَعْدَ ذَلِكَ دَحَّيْنَهَا ﴾ ⁽¹⁾ أي مع ذلك ، على أحد الأقوال ⁽²⁾ .

ولو قال : وقفت كذا على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى منهم ، أو الأول فالأول منهم ، أو الأقرب فالأقرب منهم : فإن ذلك يقتضي الترتيب فيما ذكر ، لدلالة اللفظ عليه ، فلا ينبغي أن يأخذ بطرق وهناك بطرق أقرب منه .

ولو قال : وقفت على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتماقبوا الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو البطن الأول ثم البطن الثاني . أو قال : على أولادي ثم على أولاد أولادي ، أو على أولادي فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادى . وكذا لو قال : هذا وقف على أولادي ثم أولادهم ثم على أنسابهم وأعقابهم : استحقه أهل العقب مرتبة لقرينة الترتيب .

وجملة ذلك : أنه لو قال : وقفت هذا على أولادي وأولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي فذلك يقتضي التشريك والجمع أولاً ، والترتيب ثانياً .

ولو وقف على الأولاد لم تدخل الأحفاد ، ولو وقف على أولاد الأولاد لم يدخل أولاد أولاد الأولاد وهكذا أبداً .

ولو وقف على البنين والبنات دخل فيهم الخنثى المشكل ، ولو وقف على أحدهما لم يدخل الخنثى المشكل ، ولو وقف على البنين لم يدخل أولادهم ، أو وقف على البنات لم يدخل أولادهم . ولو قال : وقفت على ذريتي ، أو قال : عقبي أو نسلي ، دخل فيهم أولاد البنين والبنات قريتهم وبعيدهم . وقوله : وقفت على عشيرتي يشبه قوله : على قرابتي ⁽³⁾ .

على أنه يجب على الناظر والمستحق اتباع شرط الواقف ، لأن شرطه كنص الشارع . وعلى هذا يجب رعاية شرط الواقف في أقدار الوقف وصفات المستحقين وزمن

(1) سورة النازعات الآية (30) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 386) والأنوار (ج 1 ص 649) وكشاف القناع (ج 4 ص 278 ، 279) وأسهل المدارك (ج 3 ص 106) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 650) وكشاف القناع (ج 4 ص 279) وأسهل المدارك (ج 1 ص 106 ، 107) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 309) .

الاستحقاق . فلو وقف على أولاده بشرط التسوية بينهم أو تفضيل الذكر على الأنثى أو الأنثى على الذكر ، أو وقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان ، أو وقف على الفقراء بشرط القرابة أو الشيوخوخة : وجب اتباع شرطه .

ولو قال : وقفت على أبنائي الفقراء أو بناتي الأرمال : لم يستحق الغني منهم والمتزوجة منهن ، وإذا عاد فقيرًا أو صارت خلية : استحقا . ولو قال : وقفت على المقيم في البلد من أولادي : لم يستحق الملتقل ، وإذا عاد استحق . ولو قال : وقفت على سكان موضع كذا فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره : بقي حقه من الوقف ولا يبطل بغيته ، فإن باعها واستبدل بها أخرى بطل حقه (1) .

حكم الوقف

الوقف من حيث لزمه وعدمه موضع خلاف بين العلماء ، وهم في ذلك فريقان : الفريق الأول : وهم جمهور الشافعية والحنابلة والمالكية وأهل الظاهر ، وكذا الصاحبان من الحنفية ؛ فقد ذهبوا إلى أن الوقف يلزم بمجرد القول بدون حكم حاكم ؛ وذلك لقوله ﷺ لعمر بن الخطاب : « حبس أصلها ، وتصدق بثمرتها » (2) .

وفي رواية أخرى لابن عمر أن عمر بن الخطاب استأذن رسول الله ﷺ أن يتصدق بماله بشمع . فقال له رسول الله ﷺ : « تصدق به ؛ تقسم ثمره ، وتحبس أصله ، لا يباع ولا يورث » (3) .

وكذلك ما روي عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أصاب أرضًا بخيبر فأثنى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يا رسول الله ، إني أصبت أرضًا بخيبر ما أصبت مالا قط أنفست عندي منه ، فما تأمرني بها ؟ قال : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها ، أنها لا تباع أصلها ولا توهب ولا تورث ، فتصدق بها على الفقراء والقريبى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضييف ، لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متمول منها (4) .

وكذلك فإنه يقتدي برسول الله ﷺ والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة (رضوان

(1) الألوار (ج 1 ص 650 ، 651) ومنهني المحتاج (ج 2 ص 388 ، 389) وكشاف القناع (ج 4 ص 282 - 285)

وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 309 ، 310) .

(2 ، 3) الدارقطني (ج 4 ص 186) . (4) الدارقطني ، (ج 4 ص 189) .

الله عليهم أجمعين) ؛ فقد روي أن النبي ﷺ وقف ، وكذا أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، وأكثر الصحابة وقفوا من غير أن يرجعوا عن وقفهم .

ويحتج بالمعقول وهو أن الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله خالصاً لله تعالى ، فأشبه الإعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً وذلك الذي عليه عامة العلماء ⁽¹⁾ .

وثمة تفصيل للعلماء في المراد بلزوم الوقف ، فقد قالت الشافعية : أظهر أن الملك في رقة للموقوف على معين أو جهة أن ينتقل إلى الله تعالى ، وفسروا انتقاله إلى الله تعالى بقولهم : أي يَمْلِكُ عن اختصاص الآدمي ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، وإلا فجميع الموجودات له سبحانه وتعالى في كل الأوقات ، فالملك في الحقيقة هو الله تعالى ، فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه . ومنافع الموقوف ملك للموقوف عليه يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة كسائر الأملاك ⁽²⁾ .

قال صاحب الأنوار في هذا الشأن : الوقف لازم في الحال وإن أضافه إلى دُبر الحياة سلمه أو لم يُسلمه ، قضى به قاض أو لم يُقضى ، فيمتنع الرجوع والتصرفات القاذحة في غرض الوقف : كالبيع والهبة والرهن .

ورقة الوقف ملك لله تعالى وإن كان على معينين ، وفوائد الوقف ملك للموقوف عليه يتصرف فيها بما يشاء ، لكن يبدأ منها أولاً بعمارته ، سواء شرط الواقف أو لم يشترط ، فإن كان شجرة تلك ثمارها وأغصانها التي ينقاد قطعها ، وإن كان بهيمة ملك صوفها ووبرها ولبنها ونتاجها الحادث بعد الوقف والحمل الموجود كالأم .

هذا إذا أطلق أو شرط الفوائد له . ولو وقفها على ركوب إنسان أو حمله ولم يشترط له الدُر والنسل فهما للواقف ، ويقعل الحاكم ما المصلحة فيه أو يشتري بتمنه بهيمة من جنسه ، وللموقوف عليه استيفاء المنافع المستحقة بنفسه أو بغيره إعارة أو إجارة ، والأجرة ملك له . هذا إذا أطلق . فلو قال : وقفت داري ليسكنها من يعلم الصبيان هنا فللمعلم أن يسكنها وليس له إسكان غيره بأجرة أو دونها ⁽³⁾ .

وقالت الخنابلة : يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة بمجرد الوقف ، وينتقل الملك فيها إلى

(1) البدائع (ج 4 ص 219) ومغني المحتاج (ج 2 ص 389) وأسهل المدارك (ج 3 ص 103) والشرع الداني (ص 558) وكشاف القناع (ج 4 ص 242) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 389) . (3) الأنوار (ج 1 ص 651) .

الله تعالى إن كان الوقفُ على مسجد ونحوه كمدرسة ورياط وقنطرة وقراء وغزاة وما أشبه ذلك ، وكذا بقاع المساجد والمدارس والقناطر والسقايات وما أشبهها . وينتقل الملكُ في العين الموقوفة إلى الموقوف عليه إن كان (الموقوف عليه) آدميًا معينًا كزيد وعمرو ، أو كان جمعًا محصورًا كأولاده أو أولاد زيد ؛ لأنه سبب يُزيل التصرف في الرقبة فملكه المنتقل إليه كالهبة ⁽¹⁾ .

الفريق الثاني : وهو الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) . فقد ذهب إلى أنه لا يزول ملكُ الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكمٌ ، أي يحكم بخروجه عن ملك الواقف ، أو يعلقه الواقفُ بموته فيقول : إذا مِتُّ فقد وقفت داري على كذا ⁽²⁾ .

وحجته في ذلك ما رواه البيهقي عن ابن عباس قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول بعد ما أنزلت سورة النساء وفرض الله فيها الفرائض يقول : « لا حِسٌّ بعد سورة النساء » ⁽³⁾ .

وفي رواية أخرى عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا حِسٌّ عن فرائض الله » وفي سنده ابن لهيعة وأخوه ، وهما ضعيفان ⁽⁴⁾ .

وكذلك أخرجه البيهقي عن شريح قال : جاء محمد ﷺ بمنع الحبس ⁽⁵⁾ وقوله : « لا حِسٌّ عن فرائض الله تعالى » أي : لا مالٌ يُحْبَسُ بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته ، والوقفُ حِسٌّ عن فرائض الله تعالى ، فكان منفكًا شرعًا .

وكذا رواية شريح بمنع الحبس ؛ إذ الوقفُ حِسٌّ لغةً ، فكان الموقوف محبوسًا فيجوز بيعه ، وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف .

وأما أوقاف الصحابة (رضي الله عنهم) فما كان منها في زمن رسول الله ﷺ احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسًا عن فرائض الله تعالى ، وما كان بعد وفاته (عليه الصلاة والسلام) احتمل أن ورثتهم أمضَوْها بالإجازة . وهذا يدل على عدم زوال ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم حاكمٌ بخروجه عن ملكه أو يعلقه بموته .

وقال أبو يوسف : يزول ملكُ الواقف عن الوقف بمجرد القول الذي يصح به الوقف . وعند محمد : لا يزول ملكُ الواقف حتى يجعل للوقف متوليًا ويسلمه إليه بعد ذلك القول ⁽⁶⁾ .

(1) كشف الغناع (ج 4 ص 254) .

(2) شرح فتح القدير (ج 6 ص 203) والبدائع (ج 6 ص 219) .

(3) ، (4) البيهقي (ج 6 ص 162) . (5) البيهقي (ج 6 ص 163) .

(6) البدائع (ج 6 ص 219) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 203) .

وجملة القول : أن الوقف عند أبي حنيفة يعني حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة بمنزلة العارية ، وعلى هذا فالوقف عنده جائز إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية . وعند الصاحبين : الوقف يعني حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ^(١) وهذا قول عامة أهل العلم .

تولي الوقف

للعلماء تفصيل في تولي الوقف من حيث النظر فيه والاهتمام به وتنميته وتسميره وتعميره ، وهو تفصيل نعرض له في هذا البيان .

فقد قالت الحنفية : لا يُؤلَّى من طلب الولاية على الأوقاف ، كمن طلب القضاء لا يُقَلَّد ^(٢) .

وذلك شبهه بقول المالكية في المسألة ؛ إذ قالوا : لا يجوز للواقف أن يشترط النظر لنفسه ؛ لأن ذلك مما يطل الوقفية ؛ فقد ذكر في مذهبه أن من مبطلات الوقف أن يكون النظر للواقف إلا أن يكون ذلك على صغار ولده أو من في حجره ، فمن كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقمهم والنظر لهم ^(٣) .

وذهبت الشافعية إلى أن التولية على الوقف في الأصل للواقف ثم لمن شرطها الواقف له ، ولو مات ولم يشترط فللحاكم أن يضطلع بوجبة التولية وإن كان على معين ^(٤) .

وبمثل ذلك في الجملة قالت الحنابلة ؛ إذ قالوا : يُوجَّعُ إلى شرط الواقف في الناظر في الوقف ، سواء شرطه لنفسه أو للموقوف عليه أو لغيرهما ، إما بالتعيين كفلان ، أو بالوصف كالأرشد أو الأعلم أو الأكبر أو من هو بصفة كذا . فمن وجد فيه الشرط ثبت له النظر عملاً بالشرط . فإنه في وقف علي (رضي الله عنه) شرط النظر لابنه الحسن ثم لابنه الحسين (رضي الله عنهما) ^(٥) .

وعلى هذا فإن التولية للواقف ثم لمن شرطها له الواقف ، حتى إذا مات ولم يشترط كان ذلك للحاكم .

على أنه يشترط في المتولي (الناظر) جملة شروط هي :

- (١) شرح فتح القدير (ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤) .
- (٢) شرح فتح القدير (ج ٦ ص ٥ من ٢٤١) .
- (٣) أسهل المدارك (ج ٣ ص ١٥٨) .
- (٤) الأنوار (ج ١ ص ٦٥٤) ومنه المحتاج (ج ٢ ص ٣٩٣) .
- (٥) كشاف القناع (ج ٤ ص ٢٦٥) .

أولاً : الإسلام . وذلك إن كان الموقوف عليه مسلماً ، أو كانت الجهة كمسجد ونحوه ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَكَانَ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ⁽¹⁾ فإن كان الوقف على كافر معين : جاز شرط النظر فيه لكافر ، وذلك كما لو وقف على أولاده الكفار وشرط النظر لأحدهم أو غيرهم من الكفار ، فيصح كما في وصية الكافر لكافر على كافر .

ثانياً : التكليف : لأن غير المكلف لا يُنظر في ملكه المطلق ، ففي الوقف أولى أن لا ينظر ⁽²⁾ .

ثالثاً : الكفاية : ويراد بها الخبرة في التصرف ، ومن مقتضي ذلك : أن يكون الناظر قوياً في شخصه وقدرته على التصرف فيما هو ناظر عليه ؛ لأن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً ، وإذا لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفة لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف . ولا تُشترط الذكورية في الناظر ؛ لأن عمر (رضي الله عنه) أوصى بالنظر إلى حفصة (رضي الله عنها) ⁽³⁾ .

رابعاً : العدالة . فلا يصح النظر من غير العدل ؛ لأن النظر ولاية كما في الوصي والقيّم . وهو قول الشافعية ⁽⁴⁾ وذلك بخلاف الحنابلة ؛ إذ قالوا : لا تُشترط العدالة ويُضَمُّ إلى الفاسق عدلٌ ، ويُضَمُّ إلى ناظرٍ ضعيفٍ قوياً أمينٌ ؛ ليتحصّل المقصود ، سواء كان ناظراً بشرط أو موقوفاً عليه ⁽⁵⁾ .

وجملة القول : اشتراط الإسلام ، والتكليف ، والكفاية ، والعدالة في الناظر ، فلا يصح النظر من الكافر ، ولا المجنون ، ولا الصبي ، ولا غير ذي القدرة والخبرة في التصرف ، ولا الفاسق ، على الخلاف بين العلماء في ذلك .

وعلى هذا إذا احتل واحدٌ من هذه الشروط كان للحاكم أن يترجّح الوقف من الناظر وإن كان المشروط له النظر الواقف ، فإن زال الاختلال عاد نظره إن كان مشروطاً في الوقف منصوباً عليه بعينه بأن قال : وقفت هذا بشرط أن يكون فلان ناظرها . وإذا لم تُشترط توليته بعينه من الواقف فلا تعود بزوال الاختلال ⁽⁶⁾ .

(1) سورة النساء الآية (141) .

(2) كشف القناع (ج 4 ص 270) والأنوار (ج 1 ص 654) .

(3) كشف القناع (ج 4 ص 270) ومغني المحتاج (ج 2 ص 393) والأنوار (ج 1 ص 654) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 393) . (5) كشف القناع (ج 4 ص 270) .

(6) مغني المحتاج (ج 2 ص 393) والأنوار (ج 1 ص 654) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 242) .

وظيفة الناظر

الناظر في الوقف يقوم بإصلاح الوقف من حيث تعميره وتسميته ، ومن حيث حفظه والإشراف عليه بما يصلحه . وعلى هذا لا يتصرف الناظر إلا على وجه النظر والاحتياط ؛ لأنه ينظر في مصالح الغير فأشبه وَلِيَّ اليتيم ، ووظيفة الناظر عند الإطلاق عمارة الوقف وإجارته وتحصيل الغلة منه وقسمتها على مستحقيها وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط (1) .

ولو فُوضَ الواقفُ الناظر في الوقف لاثنتين : لم يستقل أحدهما بالتصرف في الوقف ما لم ينص عليه في ذلك ، ولو جعل الناظرَ لعدلين من أولاده وليس فيهم إلا عدلٌ واحدٌ فإن الحاكم يُنصَّبُ عدلاً آخر . وإن شرطه الواقفُ للأرشد من أولاده فالأرشدُ فائِزٌ كُلُّ منهُم أنه الأرشدُ : اشتركوا في النظر من غير استقلال إن وجدت الأهلية فيهم ؛ لأن الأرشدية سقطت بتعارض البيئات فيها وبقي أصلُ الرشد . وإن وجدت الأرشدية في بعض منهُم : فإنه يختص بالنظر في الوقف ؛ عملاً بالبيئة . ويدخل في الأرشد من أولاد أولاده الأرشد من أولاد البنات لصلقه به ، ويجوز للواقف أن ينصب واحداً لبعض الأمور ويُعَيِّنَ لبعضٍ آخر (2) .

ويجوز للمواقف الناظر أن يعزل أي شخص ولأه النظر ، وأن ينصب غيره مكانه ، مثلما يعزل الموكَّلُ وكيله وينصب غيره ، إلا إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان ، أو وقف مدرسة بشرط أن يكون مدرستها فلاناً : فليس له أن يعزله ؛ لأنه لا تغيير لما شرطه . ولو وقف مدرسة ثم قال لعالم : فوضت إليك تدريسها ، أو قال له : اذهب ودرِّس فيها : كان له أن يبدله بغيره ؛ لأنه لم يشترط كون التولية له .

ولو عزل الناظر نفسه ، أو فسق : فتولية غيره إلى الحاكم وليس إلى الواقف ؛ إذ لا نظر له بعد أن جعل الناظر في حال الوقف لغيره (3) .

ولو شرط الواقف للمتولي (الناظر) شيئاً من الغلة : جاز . وكان ذلك أجراً عمله ، ولو لم يذكر شيئاً : لم يستحق شيئاً ، ولو شرط له عُشْرُ الغلة أجراً لعمله ثم عزله : فإنه

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 394) والأنوار (ج 1 ص 654) وكشاف القناع (ج 4 ص 271) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 241) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 394) والأنوار (ج 1 ص 654) وكشاف القناع (ج 4 ص 272 ، 273) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 395) والأنوار (ج 1 ص 654) وكشاف القناع (ج 4 ص 272) .

يطلب استحقاقه ، وإن لم يتعرض لكونه أجرة : لم يطل (1) .

وللمتولي أن يستأجر من يتخذ المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغايين فيها ، فإن كان أكثر فالإجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ، ويضمن لو دفع من مال الوقف . وله أن يشتري من غلة المسجد مادة لإضاءة المسجد ، وذلك كالزيت أو غيره من أسباب الإضاءة ، وكذلك يشتري له حصيراً وغيره لفرش المسجد إن كان الواقف قد وسّع فقال : يفعل الناظر ما يراه مصلحة ، وإن وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك .

وليس له أن يستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف . وله كذلك أن يستدين لزراعة الوقف ، وكذا شراء البذر بأمر القاضي ؛ لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصيح بأمره ، يخلاف المتولي فإنه لا يملك ذلك . ولو كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه ، فإنه يرجع في مال الوقف بمثل ما أنفق من مال نفسه من غير خلاف في ذلك ؛ لأنه كالوكيل إذا اشترى ونقد الشئ من مال نفسه فله أن يرجع .

وليس له أن يزيه دار الوقف ، فإن فعل وسكنها المرتضى : ضمن أجرة المثل . ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف : جاز ويرأى عن الضمان (2) .

ولو أجر المتولي الوقف فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم يتأثر . ولو اختلف في شرط الواقف ، فإن كان حياً رجع إليه ، وإلا فإلى وارثه ، وإلا فإلى من يتولاه من جهته . وإن لم يكن ولا يكت : جعلت بينهم بالسوية إن كان في أيديهم أو لا يد لأحد . وإن كان في يد بعضهم : صدق بيمينه . ولو لم يُعرف الموقوف عليه : صُرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ثم إلى الفقراء أو المساكين (3) .

ولو وقف على عمارة المسجد : لم يجوز صرفه إلى النقش والتزيق والإمام والمؤذن والزيت والنفط والحصير ، ولو صرف فإنه يغرّم . وله أن يبني مظلة على باب المسجد لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد . وإذا قال المتولي : أنفقت كذا ، فإنه يُقبل قوله بيمينه إن احتمل واتهمه الحاكم ، وبغير يمين إن لم

(1) معني المحتاج (ج 2 ص 395) والأنوار (ج 1 ص 654) .

(2) شرح فتح القدير (ج 6 ص 241 ، 242) والأنوار (ج 1 ص 654 ، 655) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 654) ومعني المحتاج (ج 2 ص 395) وكشاف القناع (ج 4 ص 271) .

يتهمه ، وبينة إن لم يحتمل .

ولا يجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا يَجْعَلُ الدارَ بستانًا ولا حمامًا ولا العكس .
وليس له أيضًا أن يبني في الأرض الموقوفة ولا يتخذها بستانًا إلا إذا جعل الوقف إلى
المتولي ما يرى المصلحة .

ولو وقف قرية على قوم : جاز إحداث مسجد ومقبرة وسقاية فيها .

ولو هدم الدار أو البستان ظالم : أُنْخِذَ منه الضمان وبني ، وله أن يبني بيوتًا في أرض
الوقف فيستغلها إذا كانت الأرض متصلةً ببيوت المصر وليست للزراعة ، فإن كان
زراعته أصلح من الاستغلال لا يبني ^(١) .

* * *

(١) الأنوار (ج ١ ص ٦٥٥ ، ٦٥٦) وشرح فتح القدير (ج ٦ ص ٢٤١) ومنه المحتاج (ج ٢ ص ٣٩٥) .

المزارعة

المزارعة - في اللغة - من الزرع ، وجمعه : الزروع ، وموضعه : مزرعة ومزروعات .
والزرع : معناه : طَرَح البَذْر ، أو هو الإنبات . وازدعر فلان : أي احترث ⁽¹⁾ .
والمزارعة - في الشرع - هي : دَفْعُ الأرض إلى من يزرعها على أن يكون الزرع بينهما ، وبعبارة أخرى فهي : الشراكة في الزرع بين صاحب أرض ومن يعمل عليها ⁽²⁾ .
وعرفها الكاساني بقوله : عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعاً ⁽³⁾ .

شعبية المزارعة

اختلفت كلمة العلماء في حكم المزارعة من حيث الجواز وعدثه ، أو من حيث الصحة والفساد ، وما يتفرع عن ذلك من أحكام ومسائل فيما نعرض له في هذا التفصيل :
فقد ذهب كثير من أهل العلم إلى أن المزارعة بمفهومها الوارد في التعريف شرعية ، وأن عقدَها صحيح . وقد قال بذلك علي وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وابن سيرين ومعيد بن المسيب وطاووس والزهري وابن أبي ليلى وابنه والصاحبان أبو يوسف ومحمد ، وقال به الليث والثوري ، وهو مروي عن عمر ومعاذ والحسن وابن عباس في إحدى الروايتين عنه ، وهو قول الحنابلة أيضاً ⁽⁴⁾ .

وحججهم في ذلك السنة ؛ فقد أخرج البخاري عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال : عاملَ النبي ﷺ خيبرَ بَشْطَرٍ ما يخرج منها من ثمر أو زرع ⁽⁵⁾ .

وأخرج أيضاً عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والرابع ، وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين . وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا . وقال الحسن : لا

(1) لسان العرب (ج 8 ص 141) ومختار الصحاح (ص 270) .

(2) المغني (ج 5 ص 416) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 178) .

(3) البدائع (ج 6 ص 175) .

(4) المغني (ج 5 ص 416 ، 417) والبدائع (ج 6 ص 175) وبلغة المجتهد (ج 2 ص 218) .

(5) البخاري (ج 3 ص 138) .

بأس أن تكون الأرض لأحدهما فينفقان جميعًا فما خرج فهو بينهما . ورأى ذلك الزهري . وقال الحسن : لا بأس أن يجتني القطن على النصف (1) .

وأخرج البخاري كذلك عن نافع أن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) أخبره عن النبي ﷺ « عاملٌ خبيرٌ بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فكان يعطي أزواجه مائة وسقٍ : ثمانون وسقٍ تمرٍ ، وعشرون وسقٍ شعير ، فقسم عمرُ خبيرٌ فخبر أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الماء والأرض ، أو يمضي لهن ، فمنهن من اختار الأرض ، ومنهن من اختار الوسق ، وكانت عائشة اختارت الأرض » (2) .

وعلى هذا ثبتت شرعية المزارعة بفعل النبي ﷺ ؛ إذ عاملٌ أهلٌ خبير على الشطر ، ولم يثبت أن ذلك قد فُسخ في زمنه (عليه الصلاة والسلام) حتى مات . وكذا قد فعله الصحابة (رضوان الله عليهم) من بعده من غير تكثير من أحد منهم .

قول أبي حنيفة

ذهب الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) إلى أن المزارعة غير مشروعة . ووجه قوله : أن عقد المزارعة استعجازٌ ببعض الخارج وهو منهى عنه بالنص والمعقول .

أما النص ، فقد أخرج مسلم عن عبد الله بن السائب قال : سألت عبد الله بن معقل عن المزارعة ، فقال : أخبرني ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ « نهى عن المزارعة » (3) . وأخرج الترمذي عن جابر أن النبي ﷺ « نهى عن الحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعامرة ورخص في العرايا » (4) .

ويراد بالمخابرة : المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ، والخبير : معناه النبات . وقيل : المخابرة : معاملة أهل خبير (5) .

وأخرج البخاري عن رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع قال : « نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً » قلت : ما قال رسول الله ﷺ فهو حق ، قال : دعاني رسول الله ﷺ قال : « ما تصنعون بمحاقلكم ؟ » .

(2) البخاري (ج ١ ص 137 ، 138) .

(1) البخاري (ج 3 ص 137) .

(4) الترمذي (ج 1 ص 605) .

(3) مسلم (ج 5 ص 25) .

(5) مختار الصحاح (ص 168) والمفني (ج 5 ص 417) .

قلت : نُؤَاجِرُهَا عَلَى الرَّبْعِ وَعَلَى الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ . قَالَ : « لَا تَفْعَلُوا ؛ ازْرِعُوهَا ، أَوْ ازْرِعُوهَا ، أَوْ أَسْكُوهَا » قَالَ رَافِعٌ : قلت : سَمِعْتُ وَطَاعَةَ ⁽¹⁾ .

وَأَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ عَنْ جَابِرٍ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) قَالَ : كَانُوا يَزْرَعُونَهَا بِالثَّلْثِ وَالرَّبْعِ وَالنِّصْفِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرِعْهَا أَوْ لِيَتَنَحَّضْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلْيُتَمَسِّكْ أَرْضَهُ » ⁽²⁾ .

وَأَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ كَذَلِكَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرِعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا أَخَاهُ ، فَإِنْ أُنِيَ فَلْيَمْسِكْ أَرْضَهُ » ⁽³⁾ .

أَمَّا الْمَعْقُولُ : فَهُوَ أَنْ الْأَسْتِجَارَ بِيَعُضِ الْخَارِجِ مِنَ النِّصْفِ وَالثَّلْثِ وَالرَّبْعِ وَنَحْوِهِ هُوَ اسْتِجَارٌ يَبْدِلُ مَجْهُولٍ فَلَا يَجُوزُ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ ، وَبِعِبَارَةِ أُخْرَى : فَإِنَّ الْمَزَارَعَةَ اسْتِجَارٌ بِيَعُضِ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَيْمِيزِ الطَّيْحَانِ ، وَلِأَنَّ الْأَجَرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ . وَكُلُّ ذَلِكَ مُتَّفِيدٌ ⁽⁴⁾ .

قول الشافعية

قَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ : إِنْ الْمَزَارَعَةُ أَنْ يَتَّقِدَ صَاحِبُ أَرْضٍ عَلَى أَرْضِهِ لِمَنْ يَزْرَعُهَا بِجَزْءٍ مَعْلُومٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا ، وَالتَّقْدُّ مِنَ الْأَرْضِ ، أَمَا إِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ فَهِيَ مَخَابَرَةٌ ، وَهِيَ (الْمَخَابَرَةُ) بَاطِلَةٌ مُطْلَقًا ؛ لِلنَّهْيِ عَنْهَا ، فَقَدْ أَخْرَجَ مُسْلِمٌ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْمَخَافَةِ وَالْمَزَابَةِ وَالْمَخَابَرَةِ ، وَعَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ حَتَّى يَبْدُرَ صِلَاحُهُ ، وَلَا يَبَاعَ بِالْدَّهْنِ وَالنَّدِيمِ إِلَّا الْعَرَابُ . ⁽⁵⁾ قَالَ عَطَاءٌ : فَشَرْنَا جَابِرًا قَالَ : أَمَّا الْمَخَابَرَةُ فَلِأَرْضِ الْبَيْضَاءِ يَدْفَعُهَا الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فَيَنْفِقُ فِيهَا ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الثَّمَرِ ، وَزَعَمَ أَنَّ الْمَزَابَةَ بَيْعُ الرُّطْبِ فِي النَّخْلِ بِالثَّمَرِ كَيْلًا . وَالْمَخَافَةُ فِي الزَّرْعِ عَلَى نَحْوِ ذَلِكَ يَبِيعُ الزَّرْعَ الْقَائِمَ بِالْحَبِّ كَيْلًا ⁽⁶⁾ .

وَلَوْ حَصَلَتِ الْمَخَابَرَةُ أَوْ وُجِدَتْ كَانَتِ الْقَلَّةُ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ ، فَلَوْ كَانَ الْبَذْرُ لَهَا فَاَلْقَلَّةُ لَهَا ، وَلَكُلٌّ عَلَى الْآخِرِ أَجْرَةٌ مَا صَرَفَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ عَلَى حِصَّةِ صَاحِبِهِ وَعَلَى الْعَامِلِ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ أَجْرَةً مِثْلَهَا .

وَكَذَا الْمَزَارَعَةُ بَاطِلَةٌ لِلنَّهْيِ عَنْهَا ، فَلَوْ أَفْرَدَتْ بِالْمَزَارَعَةِ أَرْضٌ كَانَتِ الْقَلَّةُ لِلْمَالِكِ ؛

(1 - 3) الْبُخَارِيُّ (ج 3 ص 141) .

(4) نَتَائِجُ الْأَنْكَارِ (ج 9 ص 463) وَالْبَدَائِعُ (ج 6 ص 175) .

(5 ، 6) مُسْلِمٌ (ج 5 ص 17) .

لأنها نماءٌ ملكه ، وعليه للعامل أجره عمله ودوابه وآلاته ؛ وذلك لبطلان العقد ، ولا يمكن إحباط عمل العامل مجاناً .

أما البياض وهو الأرض الخالية من الزرع ونحوه ، فإن كَثُرَ (البياض) بين النخل أو شجر العنب : صحت المزارعة عليه ؛ تبعاً للمساواة على النخل أو شجر العنب أو نحوهما . وذلك إن تعدّر سقي الشجر إلا بسقي البياض ، أما إن تيسر سقي الشجر : لم تصح المزارعة ؛ لعدم الحاجة . ثم إن المزارعة لا تصح إلا تابعة للمساواة ⁽¹⁾ .

وعلى هذا فإن الشافعية يشترطون لصحة عقد المزارعة أربعة شروط :

الشرط الأول : أن يتعدّر سقي الشجر إلا بسقي البياض ، وهو الأرض الخالية من الزرع وغيره .

الشرط الثاني : اتحاد العامل . أي أن يكون عامل المزارعة هو عامل المساواة ؛ لأن عدم اتحادهم يُخرِج المزارعة عن كونها تابعة للمساواة .

الشرط الثالث : عدم الفصل بين العقدتين . أي يُشترط الإتيان بالعقدتين (المزارعة والمساواة) في عقد واحد ، وعلى هذا يجب أن لا يُفصل بين المساواة والمزارعة التابعة ، بل يُؤتى بهما على الاتصال ؛ لتحصيل التبعية ، فيشترط اتحاد العقد . فلو قال : ساقِثُكَ على النصف فقيل ثم زارعة على البياض : لم تصح المزارعة ؛ لأن تعدّد العقد يزيل التبعية .

الشرط الرابع : أن تتأخر المزارعة عن المساواة عند العقد . وصورة التأخر أن يقول : ساقِثُكَ على النخل أو نحوه وعاملتُك على البياض ؛ وذلك لأن المزارعة تابعة للمساواة فتحقق الاتصال والتأخر ، لتحصيل التبعية ⁽²⁾ .

وجملة القول عند الشافعية في المسألة : أن المزارعة لا تجوز على بياض لا شجر فيه ، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة من السنة منها ما أخرجه البيهقي عن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة » قلت : وما المخابرة ؟ قال : « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع » ⁽³⁾ .

(1) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 81 ، 82) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 61) .

(2) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 83) . (3) البيهقي (ج 6 ص 133) .

أما إن كانت الأرض بين الشجر كالنخل والعنب وغيرهما بحيث يتعلل سقي الشجر إلا بسقي الأرض ، فإنه يُنظر ، إن كان البياض كثيراً والشجر قليلاً : جازت المزارعة تابعة للمساقاة . وقيل : لا تجوز ؛ لأن البياض أكثر ، ولا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل . أما إن كان البياض قليلاً والشجر كثيراً : جازت المساقاة على الشجر والمزارعة على الأرض ؛ استدلالاً بحديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطير ما يخرج من الأرض من تمر وزرع » (1) .

على أنه يجب في ذلك مراعاة الشروط المبينة سابقاً ، ومنها الاتصال ، والتبعية ، واتحاد العامل (2) .

قول المالكية

ذهبت المالكية إلى عدم جواز المزارعة في الأرض البيضاء الخالية عن الثمر والزرع . وعلى هذا لو اكترى أرضاً من رجل يزرعها قمحاً أو شعيراً أو غيرهما على أن ما أخرجه الله منها يكون بين رب الأرض والمزارع نصفين : فإنه لا يجوز ، وذلك للنهي عن المزارعة ، وهي كراء الأرض بما يخرج منها (3) وما عدا هذا الوجه فمختلف فيه .

فلو كان مع الثمار أرض بيضاء فلهم في ذلك تفصيل ؛ إذ قالوا : إذا كان البياض أكثر من الثلث فلا يجوز أن يدخل في المساقاة بل يبقى لصاحب الأرض ، فلا تصح بذلك المزارعة ، وإن كان البياض أقل من الثلث : دخل في المساقاة ؛ لأن البياض يكون بذلك تبعا للثمر ، فصححت المزارعة (4) .

إذا ثبت هذا ؛ فإنه يشترط لصحة المزارعة عندهم ثلاثة شروط هي :

الشرط الأول : أن يسلم الشريكان من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به ، وهو الطعام ولو لم تنبت الأرض كالعسل ، وكذا ما تنبته ولو كان غير طعام كالقطن والكتان ويُستثنى من ذلك الخشب وما يلحق به من مثل البوص والكبريت ونحوه من المعادن فيجوز كراؤها به ، أي أن ما يمنع كراؤها به هو الطعام كيفما كان . وكذا ما تنبته الأرض ولو كان غير طعام .

(1) البخاري (ج 3 ص 138) .

(2) المذهب (ج 1 ص 393 ، 394) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 83) .

(3) للدولة (ج 3 ص 472 ، 473) وبداية المجتهد (ج 2 ص 218) وبلغة السالك (ج 2 ص 178) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 364) وبداية المجتهد (ج 2 ص 218) .

الشرط الثاني : التساوي في الربح . وهو أن يأخذ كل واحد من الشريكين قَدْرَ ما أخرج ، كأن يكون كراء الأرض مائة وكراء العمل من بقر ، وآلة سوى البذر مائة ، ودخلا على أن الربح بينهما مناصفة . أو أخرج أحدهما ما يساوي خمسين وأخرج الآخر ما يساوي مائة ، ودخلا على أن لصاحب المائة من الربح الثلثين ولصاحب الخمسين الثلث : جاز ، وهكذا .

الشرط الثالث : تماثل البدرين منهما . فلو كانت الأرض بينهما وأخرج كل واحد منهما ما يتوهم من البذر ، فلا بد من تماثلهما من حيث النوع كقمح أو شعير أو فول أو نحو ذلك . أما إن اختلفا كقمح من أحدهما وشعير أو فول من الآخر ، فلا يجوز ⁽¹⁾ .

والذي يظهر أن مذهب المالكية في تحديد البياض بالثلث وما ذكروه هنا من شروط لصحة المزارعة لا يستند إلى دليل ظاهر إلا الاستحسان المبني على غير الأصول ؛ لأن الأصول تقتضي أنه لا ينبغي التفريق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ⁽²⁾ .

مذهب أهل الظاهر

ذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يجوز كراء الأرض بحال سواء كان الكراء بالنقدين أو بغيرهما من العروض ، وأنه ليس لصاحب الأرض إلا أن يزرع أرضه ، أو يمنحها أخاه ليزرعها ، أو يمسك أرضه فقط . وأما وجه من وجوه الكراء لا يجوز ⁽³⁾ .

واستدلوا على ذلك بجملة أخبار منها ما أخرجه البخاري عن جابر (رضي الله عنه) قال : كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف ، فقال النبي ﷺ : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليؤتمتها ، فإن لم يفعل فليمسك أرضه » ⁽⁴⁾ .

وأخرج مسلم عن جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يؤخذ للأرض أجر أو حط » ⁽⁵⁾ .

وأخرج مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة » اشتراء الثمر في رؤوس النخل ، والمحاقلة : كراء الأرض ⁽⁶⁾ .

وأخرج مسلم أيضًا عن رافع بن خديج قال : كنا نؤاقل الأرض على عهد رسول الله

(1) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 179) .

(2) بداية المجتهد (ج 2 ص 218) .

(4) البخاري (ج 1 ص 141) .

(3) المحلى (ج 8 ص 211 ، 212) .

(6) مسلم (ج 5 ص 21) .

(5) مسلم (ج 5 ص 19) .

فَتَكْرِيهَا بِالثَّلْثِ وَالرَّبْعِ وَالطَّعَامِ الْمُسَمَّى فَجَاءَنَا ذَاتَ يَوْمٍ رَجُلٌ مِنْ عَمَوْتَى فَقَالَ : « نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرٍ كَانَ لَنَا نَافِعًا ، وَطَوَاعِيَةُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ أَنْفَعُ لَنَا ، نَهَانَا أَنْ نَحَاقِلَ بِالْأَرْضِ فَتَكْرِيهَا عَلَى الثَّلْثِ وَالرَّبْعِ وَالطَّعَامِ الْمُسَمَّى ، وَأَمَرَ رَبُّ الْأَرْضِ أَنْ يَزْرِعَهَا أَوْ يَزْرِعَهَا وَكَرِهَهَا وَكَرَاهَا وَمَا سِوَى ذَلِكَ » (1) .

التبريج

الراجع عندي جواز المزارعة ، وهي أن يدفع صاحب أرض أرضه لآخر يزرعها أو يعمل عليها على أن يكون الزرع بينهما ، فيكون له الشطر أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك .

يؤيد ذلك سوى الأخبار الصحيحة المذكورة ما أخرجه البخاري عن نافع أن ابن عمر (رضي الله عنهما) كان يُكْرِى مزارعةً على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وصدراً من إمارة معاوية ، ثم حَدَّثَ عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ « نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ » فَذَهَبَ ابْنُ عُمَرَ إِلَى رَافِعٍ فَذَهَبَتْ مَعَهُ فَسَأَلَهُ فَقَالَ : نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ . فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ : قَدْ عَلِمْتُ أَنَّا كُنَّا نَكْرِى مَزَارِعَتَنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِمَا عَلَى الْأَرْبَعَاءِ وَبِشَيْءٍ مِنَ الثَّيْنِ (2) .

وأخرج مسلم عن عبد الله بن عمر قال : « لَمَّا اقْتَسَمْتُ خَيْبَرُ سَأَلْتُ يَهُودَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقْرَهُمْ فِيهَا عَلَى أَنْ يَعْمَلُوا عَلَى نِصْفِ مَا خَرَجَ مِنْهَا مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَقْرَأَكُمْ فِيهَا عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا » .

ويؤيد القول بجواز المزارعة أيضاً العملُ بها من عامة المسلمين من غير تكبير ؛ فقد روى أبو جعفر العملُ بها عن كل أهل بيت بالمدينة وعن الخلفاء الأربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة ، حتى ذكر انعقاد الإجماع على ذلك ؛ لعدم المخالف من الصحابة (3) .

وأخرج مسلم عن عمرو أن مجاهدًا قال لطاؤوس : انطلق بنا إلى ابن رافع بن خديج فأسمع منه الحديث عن أبيه عن النبي ﷺ . قال : فانتهره . قال : إني والله لو أعلم أن رسول الله ﷺ نهى عنه ما فعلته ولكن حَدَّثَنِي مَنْ هُوَ أَعْلَمُ بِهِ مِنْهُمْ - يعني ابن عباس - أن رسول الله ﷺ قال : « لَأَنْ يَخْرُجَ الرَّجُلُ أَخَاهُ أَوْضَهَ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرْجًا مَعْلُومًا » (4) .

(2) البخاري (ج 3 ص 141 ، 142) .

(1) مسلم (ج 5 ص 23) .

(4) مسلم (ج 5 ص 25) .

(3) المغني (ج 5 ص 421) والبخاري (ج 3 ص 137) .

وأخرج مسلم كذلك عن طاووس عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لأن يمنع أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا » لشيء معلوم ... » (١) .

وذلك يدل على أن النهي في خبر رافع بن خديج وغيره محمول على التنزيه ، وفيه حظ على الإعطاء من غير خرج معلوم فهو خير .

وأخرج البيهقي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ « لم يحرم المزارعة ولكن أمر أن يوفق الناس بعضهم من بعض » (٢) .

على أن الحديث رافع في النهي عن المزارعة عللاً جاءت الأخبار تدل على أن النهي كان لذلك ، ومن هذه العلل : أن النبي ﷺ سمع رجلين يقتتلان في أرض وزرعها فنهى عن المزارعة التي هذا شأنها . فقد أخرج البيهقي عن زيد بن ثابت أنه قال : يغفر الله لرافع بن خديج ، أنا والله كئث أعلم بالحديث منه إنما أتى رجلان من الأنصار إلى رسول الله ﷺ قد اقتتلا فقال : « إن كان هذا شأنكم فلا تكتروا المزارع » (٣) .

وعلى هذا فإن النهي كان من أجل الاقتتال والخصام الذي حصل ، والمزارعة بانعقادها سليمة من فساد الشروط مبنية على التراضي فلا جرم أنها تكون مشروعة .

وليستدل على جواز المزارعة أيضاً بالقياس على المضاربة ، وبيان ذلك : أن عقد المزارعة عقد شركة بين المال والعمل ، وكذا المضاربة فإنها أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب . ووجه القياس على المضارب هو دفع الحاجة ؛ فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى عمل المزارعة ، بينما القوي على العمل لا يجد المال لفقره ؛ لذلك دعت الضرورة إلى جواز انعقاد عقد المزارعة بين صاحب المال العاجز عن العمل والفقير القادر على العمل ، فجازت بذلك المزارعة (٤) والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٢) ، (١) البيهقي (ج ٦ ص ١٣٤) .

(١) مسلم (ج ٥ ص ٢٦) .

(٤) البناء (ج ٨ ص ٧٠١) ونالج الأفكار (ج ٧ ص ٤٦٦) .

أركان المزارعة

للمزارعة أربعة أركان هي :

الركن الأول : الصيغة .

وهي الإيجاب والقبول ، وذلك أن يقول صاحب الأرض للعامل : دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا . ويقول العامل : قبلت ، أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله ورضاه . فإذا وجدا فقد تم العقد بينهما (1) .

الركن الثاني : العاقدان .

وهما صاحب الأرض والعامل الذي يعمل في الأرض على تحزج معلوم كالشطر أو الثلث أو الربع ، ويشترط في كل واحد من هذين العاقدين ما يشترط في العقد من أهلية التصرف ، كالعقل والبلوغ والحرية على الخلاف بين العلماء في ذلك ، وهو ما يبيانه في شروط العاقدين في أنواع شتى من العقود .

الركن الثالث : الأرض .

وهي المساحة المزروعة من الأرض التي يدفعها صاحبها إلى العامل ليزرعها أو يعمل عليها (2) .

الركن الرابع : الزرع .

وشروطه أن يكون معلوماً من حيث نوعه ؛ لأن الأرض المزروعة تتأثر بنوع الزرع ؛ إذ تتضرر من بعض الأنواع ولا تتضرر من غيرها (3) .

شروط صحة المزارعة

يشترط المجيزون للمزارعة جملة شروط لصحتها هي :

الشرط الأول : أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود بالمزارعة لا يحصل بغير صلوح الأرض لذلك (4) .

(1) البدائع (ج 6 ص 176) .

(2) البدائع (ج 6 ص 178) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 464) . (3) البدائع (ج 6 ص 177) .

(4) نتائج الأفكار (ج 9 ص 464) والبدائع (ج 6 ص 177) والبنية (ج 8 ص 707) .

الشرط الثاني : أن يكون العاقد من أهل التصرف . والعاقد يستوي فيه صاحب الأرض والمزارع ؛ فإنه يُشترط في كل منهما أن يكون من أهل العقد ، فأيا عقد لا يصح إلا من أهله ، وبذلك يُشترط في العاقد العقل والبلوغ والحرية على الخلاف في ذلك ؛ فالحنفية لا يشترطون البلوغ لجواز المزارعة وغيرها من عقود المعاملات ، وقالوا بجواز المزارعة من الصبي المأذون ، وكذا الحرية غير مشترطة عندهم فتجوز المزارعة من العبد المأذون ⁽¹⁾ .

الشرط الثالث : بيان المدة ؛ وذلك أن تكون مدة المزارعة معلومة فلا تصح المزارعة من غير بيان لمدها ؛ لأنها (المزارعة) عقدٌ على منافع الأرض أو منافع العامل ، والمدة هي الميعاد لذلك . ومن جهة أخرى فإن المزارعة عقدٌ استعجالي يبيع الخراج ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة . وقيل : تجوز من غير بيان لمدة ؛ وذلك لتعامل الناس على ذلك ⁽²⁾ .

الشرط الرابع : بيان من عليه البذر . فإن في بيان ذلك ما يقطع المنازعة بين العاقدين ؛ لأن المعقود عليه - وهو منافع الأرض أو منافع العامل - يختلف باختلاف مصدر البذر .

على أن يبان ذلك يُذكر لفظاً بما يدل على أن البذر من قبل صاحب الأرض أو العامل . وللهُ ذكر ذلك بما يدل عليه فإنه يكفي كما لو قال لغيره : أجزتكَ أرضي هذه سنةً بالنصف أو بالثلث : جاز ، ويكون البذر على المزارع ؛ لأن الأجرة تكون على المستأجر - بكسر الجيم - وهو المزارع . فهذا بيانٌ على أن البذر على المزارع . ولو قال : أجزتكَ لتزرع أرضي هذه بالثلث : جاز ، ويكون البذر على صاحب الأرض ؛ لأنه المؤجر أو المستأجر - بكسر الجيم - فعليه الأجرة .

أما لو قال : دفعت إليك أرضي مزارعةً بالثلث : لا يجوز ؛ إذ ليس في ذلك بيان لمن عليه البذر . وقيل : يُكتفى بالشروط لبيان من عليه البذر ؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . ولو كان البذر من صاحب الأرض والعامل نصفين وشرطاً أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما على ما شرطاه ⁽³⁾ .

الشرط الخامس : أن يكون الخراج من الزرع للعاقدين كليهما . وهما صاحب الأرض والعامل ، ولو شرطاً أن يكون الخراج لأحدهما : فسد العقد ؛ لأن المزارعة عبارة

(1) البدائع (ج 6 ص 176) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 464) والبنية (ج 8 ص 707) .

(2) البنية (ج 8 ص 708) والبدائع (ج 6 ص 180) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 464 ، 469) .

(3) البنية (ج 8 ص 709) والمنهني (ج 5 ص 425) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 464) .

عن شركة وهذه يلزم فيها الاشتراك بين المتعاقدين في الربح ، وأما شرط ينفي ذلك فهو مفسد للعقد ؛ لأنه يخالف مقتضاه (1) .

الشرط السادس : بيان نصيب كل من المتعاقدين . وهما صاحب الأرض والمزارع ، أي أن تكون حصّة كل واحد منهما من الخارج معلومة القدر من النصف والثالث والربيع ونحو ذلك ؛ لأن عدم تبين ذلك مدعاة إلى الجهالة وهذه تُفضي إلى النزاع (2) .

الشرط السابع : أن يكون نصيب كل من العاقدين جزءاً شائعاً من جملة الخارج من الأرض . وعلى هذا لا يجوز أن يكون نصيب كل منهما مقدّر معلومة من المكيلات والموزونات ، فلو شرط أن لأحدهما قفزاناً مسماً من الخارج : كانت المزارعة باطلة . وكذا لو شرط أن له كذا من الدراهم أو الدينارين : لا يجوز ؛ لأن الأرض عساها أن لا تخرج إلا هذا القدر فيصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة ، وذلك من صور الغرر الذي لا تصح به العقود (3) .

ويخرج عن ذلك أيضاً ما لو زارعه على أن لصاحب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه : فلا يجوز . وكذا لو اشترط أن لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع ناحية أخرى ، أو يشترط أحدهما أن له ما على السواقي والجداول فهو فاسدٌ بغير خلاف ؛ لأنه ربما تلف ما عُيِّن لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالعلّة دون صاحبه ، وذلك غرر (4) .

وفي هذا أخرج مسلم عن رافع بن خديج قال : « إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي ﷺ على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع ، فيهلك هذا ويمسك هذا ، ويهلك هذا ويهلك هذا ، فلم يكن للناس كراهة إلا هذا ؛ فلذلك زجر عنه ، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به » (5) .

وكذلك أخرج مسلم عن رافع بن خديج قال : « كنا أكثر الأنصار حقلًا ، كنا نُكْرِي الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فرجما أخرجت هذه ولم تُخرج هذه ؛ فنحننا عن ذلك » (6) .

الشرط الثامن : أن تكون الأرض معلومة . فإن كانت مجهولة : لم تصح المزارعة ؛

(1) البدائع (ج 6 ص 177) والمغني (ج 5 ص 416 ، 417) .

(2) البدائع (ج 6 ص 177) وتناجج الأفكار ومعه شرح العملي (ج 9 ص 465) والمغني (ج 5 ص 422) .

(3) تنالج الأفكار (ج 9 ص 460) والمغني (ج 5 ص 426) .

(4) المغني (ج 5 ص 426) . (5) مسلم (6 ، 5)

(6) مسلم (ج 5 ص 24) .

لأن الجهالة في الأرض تُفضي إلى النزاع ، فلو دفع أرضه مزارعةً على أن ما يُزْرَعُ فيها حنطة فكذا ، وما يزرع فيها شعيراً فكذا : لم يصح العقد ؛ وذلك لأن المزرع فيه مجهول . فكلمة (ما) تُفيد التبعيض فيقع العقد على بعض الأرض وهو غير معلوم . وكذا لو دفعها له مزارعةً على أن يُزْرَعُ بَعْضُهَا حنطةً وبعضها شعيراً : لم يصح أيضاً ؛ لأنه قد نصّ على التبعيض والنص على التبخيز معناه التجهيل ^(١) .

الشرط التاسع : التخلية بين الأرض والعامل ؛ وذلك أن يُخَلِّي صاحب الأرض أرضه لتكون مسلّمةً مخلّاةً للمزارع كيما يعمل فيها . فلو شَرَطَ العمل على صاحب الأرض : لا تصح المزارعة ؛ لانعدام التخلية بين الأرض والعامل . وكذا لو اشترط أن يكون العمل من العاقلين : فلا تصح المزارعة ؛ لانعدام التخلية جميعاً لحق العامل ؛ إذ شاركه فيها صاحب الأرض ^(٢) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ١٧٨) .

(٢) البدائع (ج ٦ ص ١٧٨) ونتائج الأفكار (ج ٩ ص ٤٨٩) والمنعي (ج ٩ ص ٤٢١) .

أوجه المزارعة

ثمة أوجه للمزارعة نعرض لها في هذا البيان :

الوجه الأول : ما لو كانت الأرض والبذر والبقر والآلة من جانب وكان العمل من آخر ، أي أن يكون الشُّطْرُ الأول من صاحب الأرض والشُّطْرُ الثاني من العامل : فهذا جائز ؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ليعمل له بالآلة - آلة المؤجر - فصار كما لو استأجر خياطاً ليخيط له ثوبه بإبرته - إبرة المؤجر - (1) .

الوجه الثاني : أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب آخر : فهو جائز كذلك ؛ لأن العامل يصير مستأجراً للأرض ببعض ما يخرج منها وهو ثمن ملكه وهو البذر ، أي أن صاحب البذر قد استأجر الأرض بجزء معلوم من الخارج كما لو استأجرها بدراهم معلومة أو دنائير معلومة فإنها تصبح ، فكذا إذا استأجرها بجزء مسعى من الخارج من الأرض (2) .

الوجه الثالث : أن تكون الأرض والبذر من جانب ، والبقر والآلة والعمل من جانب آخر : فهو جائز كذلك ؛ لأن هذا استئجار للعامل ، وهو كمن استأجر خياطاً ليخيط بإبرة نفسه أو استأجر طيئناً ليطبخ له بمسحاته : فإنه يجوز . وهو قول المجيزين للمزارعة من الحنفية ، وكذا الخنابلة في الظاهر من مذهبهم (3) .

الوجه الرابع : أن تكون الأرض والبقر من جانب ، والبذر والعمل من جانب آخر : وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية ، والوجه في عدم الجواز هو أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ؛ لأن منفعة الأرض قوة في طبيعتها يحصل بها النماء ، أما منفعة البقر فهي صلاحية يقام بها العمل وكل ذلك بخلق الله ، وعلى هذا لا تتجانس المنفعتان ؛ لأنهما مختلفتان ، ولعدم تجانسهما يتعذر أن تجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض فكان استحقاق منفعة البقر مقصوداً في هذه المزارعة وهذا لا يجوز ، كما لو كان من أحدهما البقر وحده ، والباقي من الآخر وهو لا يجوز .

وذهب أبو يوسف إلى أن ذلك يجوز . ووجه قوله : أنه لو شرط البذر والبقر على

(1) نتائج الأفكار (ج 9 ص 466) والبدائع (ج 6 ص 179) والمغني (ج 5 ص 425) .

(2) البدائع (ج 6 ص 179) والبنية (ج 8 ص 711) .

(3) البدائع (ج 6 ص 179) والمغني (ج 5 ص 427) والبنية (ج 8 ص 711 ، 712) .

صاحب الأرض لجاز ، فكذا يجوز إذا شرط أن يكون البقر عليه بدون البذر (1) .

الوجه الخامس : أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب آخر . وهذا لا يجوز أيضًا ؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجرًا للأرض والعامل جميعًا ببعض الخارج ، والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة . وكذا لو كان البذر من جانب والباقي كله من جانب (2) .

الوجه السادس : أن يشترك جماعة في مزارعة . فيكون من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ، ومن الآخر البذر ، ومن الرابع العمل : فهو لا يجوز ؛ لما ورد في ذلك من خبر وهو : أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله ﷺ على هذا الوجه ، فأبطل رسول الله ﷺ مزارعتهم (3) .

وكذا لو اشترك ثلاثة : من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر ؛ والعمل على أن ما رزق الله فهو بينهم : فهذا عقد فاسد ؛ لأن موضوع المزارعة أن يكون البذر من صاحب الأرض أو من العامل ، وليس هو ههنا من واحد منهما (4) .

الوجه السابع : ما لو اشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قِبل أحدهما ، وبعضه الآخر من قبل العاقد الآخر : فلا يجوز ؛ لأن كل واحد منهما يصير مستأجرًا صاحبه في قدر بذر ، فيجتمع بذلك استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وهو لا يجوز (5) .

الوجه الثامن : ما لو كان البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر . وهذا لا يجوز ؛ لأنه يتم بذلك شركة بين البذر والعمل وهو لم يرد به الشرع ؛ لأن صاحب البذر مستأجر والتخليفة بين المستأجر والمستأجر (الأرض) شرط فأنعدمت التخليفة هاهنا ؛ لأن الأرض تكون في يد العامل .

وكذا لو كان البذر والبقر من أحدهما والعمل من الآخر : فلا يجوز أيضًا ؛ لأنه لا يجوز عند الأفراد وهو أن يكون البذر وحده من جانب أو كان البقر وحده من جانب ، فكذا عند الاجتماع وهو أن يكون البذر والبقر جميعًا من جانب (6) .

(1) البدائع (ج 6 ص 179) والبنية (ج 8 ص 712 ، 713) .

(2) البدائع (ج 6 ص 179) .

(3) البدائع (ج 6 ص 179) والمغني (ج 5 ص 428) .

(4) المغني (ج 5 ص 428) ونتائج الأفكار على شرح العناية (ج 9 ص 468) .

(5) البدائع (ج 6 ص 180) .

(6) البنية (ج 8 ص 715) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 468) .

حكم المزارعة الصحيحة

للمزارعة الصحيحة أحكام منها :

أولاً : كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج إليه الزرع لإصلاحه : فهو على المزارع ، لأن العقد قد تناول ذلك ⁽¹⁾ .

ثانياً : كل ما كان من باب النفقة على الزرع : فهو على العاقدین معاً ، وذلك كالشركين ⁽²⁾ لزيادة الخصب وزش الزرع بالمواد الكيماوية لقتل الحشرات الضارة ونحو ذلك : فهو عليهما على قدر حقهما في الخارج . وكذلك الحصا والحمل إلى البئر والدياس وتذريته : فهو عليهما أيضاً ؛ لأن ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع ⁽³⁾ .

ثالثاً : أن يكون الخارج بين المتعاقدين على ما اشترطاه في العقد كالثلث أو الربع أو نحو ذلك ؛ لأن الشرط الصحيح يلزم الوفاء به للخبر : « المسلمون على شروطهم » ⁽⁴⁾ .

رابعاً : إذا لم تُخرج الأرض شيئاً : فلا شيء لواحد منهما ، سواء كان ذلك أجر العمل أو أجر الأرض ، وسواء كان البذر من قبيل العامل أو من قبل صاحب الأرض ، خلافاً للمزارعة الفاسدة ؛ فإنه يجب فيها أجر المثل وإن لم تخرج الأرض شيئاً ⁽⁵⁾ .

خامساً : عقد المزارعة غير لازم في حق صاحب البذر لكنه لازم في حق الآخر .

وعلى هذا لو امتنع صاحب البذر بعد ما عقد المزارعة الصحيحة وقال : لا أريد زراعة الأرض : فله ذلك سواء كان له في الامتناع عذر أو لم يكن . أما لو امتنع صاحبه : فليس له ذلك إلا أن يكون له عذر ؛ وذلك لأن تحقيق موجب العقد من قبل صاحب البذر يقتضي إتلاف ملكه وهو البذر ؛ لأن البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه ؛ إذ الإنسان لا يُجبر على إتلاف ملكه ، فصار كما إذا استأجر أجيراً

(1) البدائع (ج 6 ص 182) والمغني (ج 5 ص 416 ، 423) .

(2) الشركين ... بكسر السين ... : معرب شركين وهو السماء . شروق الأرض : أي سقدها بالشركين . انظر المعجم الوسيط (ج 1 ص 428) والقاموس المحيط (ج 3 ص 253) .

(3) البدائع (ج 6 ص 182) .

(4) رواه أبو داود (19/4) رقم (3594) والترمذي (634/3) رقم (1352) والحاكم (49/2) وهو حديث صحيح . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 668) .

(5) البدائع (ج 6 ص 182) والنهاية (ج 8 ص 721) .

ليهدم دارة . أما صاحبه الآخر وهو من ليس البذر من قبله ، فإنه لا يتضرر بمضيه في العقد فهلزّمه ، وإذا امتنع أجبره الحاكم على العمل ؛ لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضررٌ والعقد لازم بمنزلة الإجارة ⁽¹⁾ .

حكم المزارعة الفاسدة

للمزارعة الفاسدة أحكام منها :

أولاً : لا يجب على المزارع من أعمال المزارعة شيء ؛ لأن ذلك إنما يجب بالعقد الصحيح وليس الفاسد ⁽²⁾ .

ثانياً : الخارج من الأرض في المزارعة الفاسدة إنما يكون لصاحب البذر ، سواء كان صاحب الأرض أو المزارع ؛ فإن صاحب البذر إنما يستحق ذلك ؛ لأنه (الخارج) نماءً ملكه وهو البذر ⁽³⁾ .

ثالثاً : إذا كان البذر من صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل ؛ لأن صاحب الأرض بكونه هنا صاحب البذر فإنه مستأجرٌ للعامل ، فإذا فسدت الإجارة وجب أجرٌ مثل عمله ، أما إذا كان البذر من العامل كان عليه لصاحب الأرض أجرٌ مثل أرضه ⁽⁴⁾ .

رابعاً : إذا كان البذر من صاحب الأرض واستحق الخارج ولزمه للعامل أجرٌ مثل عمله ؛ فإن الخارج كله يكون له ؛ لأنه حاصلٌ من ملكه (وهو البذر) في ملكه (وهي الأرض) .

أما إذا كان البذر من العامل واستحق الخارج ولزمه لصاحب الأرض أجرٌ مثل أرضه ؛ فإنه يستحق من الخارج قدر بذره وقدر مثل الأرض ⁽⁵⁾ .

خامساً : لا يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة إلا إذا وجد استعمال الأرض ؛ لأن المزارعة عقد إجارة والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال ، فلا تجب بمجرد التخلية ⁽⁶⁾ .

سادساً : أجر المثل إنما يجب في المزارعة الفاسدة وإن لم تُخرج الأرض شيئاً بعد أن

(1) البدائع (ج 6 ص 182) والبنية (ج 8 ص 726) .

(2) البدائع (ج 6 ص 183) .

(3) البدائع (ج 6 ص 183) والمغني (ج 5 ص 427) .

(4) البدائع (ج 6 ص 183) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 471) والمغني (ج 8 ص 426 ، 427) .

(5) البدائع (ج 6 ص 183) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 471 ، 472) .

(6) البدائع (ج 6 ص 183) .

استعملها المزارع . أما في المزارعة الصحيحة إذا لم تخرج الأرض شيئاً : فإنه لا يجب لواحد منهما شيء (1) .

ما يفسخ به عقد المزارعة

ينفسخ عقد المزارعة بجملة أسباب منها :

أولاً : فسخ العقد . وهو نوعان :

أحدهما : الصريح . وهو أن يكون بلفظ الفسخ والإقالة ؛ لأن المزارعة تشتمل على الإجارة والشركة ، وكل واحد من هذين يحتمل صريح الفسخ والإقالة .

ثانيهما : الدلالة . وهي تحصل بما لو امتنع صاحب البذر عن المضى في العقد بأن قال : لا أريد المزارعة ؛ لأن عقد المزارعة غير لازم في حق صاحب البذر كما بيناه سابقاً (2) .

ثانياً : انقضاء مدة المزارعة ، لأنه بانقضائها ينتهي العقد ، وانتهائه معناه الانفساخ . ولو انقضت المدة والزرع لم يُذكر كان على المزارع أجرٌ مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما (3) .

ثالثاً : موت أحد العاقدتين . فإذا مات أحدهما : بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة (4) .

* * *

(1) البدائع (ج 6 ص 183) ونعالي الأندكار (ج 9 ص 470 ، 471) .

(2) البدائع (ج 6 ص 184) والبنابة (ج 8 ص 727) .

(3) البدائع (ج 6 ص 184) والبنابة (ج 8 ص 732) .

(4) البدائع (ج 6 ص 184) والبنابة (ج 8 ص 728) .

المساقاة

المساقاة - في اللغة - : أن يستعمل رجلٌ رجلاً في نخيل أو كُزوم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهمٌ معلومٌ مما تُفَلِّه كالثُلث والرَّبع وما أشبه ذلك . يقال : ساقى فلانٌ فلاناً نَحْلَهُ أو كَرْمَهُ : إذا دفعه إليه واستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الإبرار وغيره . فما أخرج اللُّهُ منه فللعامل سهمٌ من كذا وكذا سهمًا مما تفله ، والباقي لمالك النخل ، وأهل العراق يسمونها المعاملة ⁽¹⁾ .

أما تعريف المساقاة - في الشرع - فهو قريبٌ من معناها في اللغة ؛ فهي : عقدٌ بين اثنين على القيام بمؤنة شجرٍ أو نبات . بجزءٍ معلومٍ من غَلِّهِ مع سائر شرائط الجواز ⁽²⁾ .

شرعية المساقاة

ثبتت شرعية المساقاة بكل من السنة والمعقول :

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) قال : « عامل النبي ﷺ خيبرَ بشَطْرٍ مما يَخْرُجُ منها من ثمر أو زرع » ⁽³⁾ .

وأخرج مسلم عن عبد الله بن عمر قال : لما افْتُتِحَتْ خيبر سألَت يَهُودُ رسول الله ﷺ أن يُقَرِّمَهُمْ فيها على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر والزرع . فقال رسول الله ﷺ : « أَتُؤْكِمُ فيها على ذلك ما شئنا » ⁽⁴⁾ .

وأخرج مسلم عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أجلسَ اليهود والنصارى من أرض الحِجاز وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ورسوله وللمسلمين ، فأراد إخراج اليهود منها فسألَت اليهود رسول الله ﷺ أن يُقَرِّمَهُمْ بها على أن يَكْفُوا عملها ولهم نصفُ الثمر . فقال لهم رسول الله ﷺ : « تُؤْكِمُ بها على ذلك ما شئنا » ففَرَّوْا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء ⁽⁵⁾ .

وفي فضل الزرع والغرس إذا أُكِلَ منه أخرجه البخاري عن أنس (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلمٍ يَغْرِسُ غَرْشاً ، أو يَزْرَعُ ، زرعاً فيأكلُ منه طَيْرٌ أو

(1) لسان العرب (ج 14 ص 394) ومختار الصحاح (ص 305) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 580) وأسهل المدارك (ج 2 ص 361) والبدائع (ج 6 ص 185) والمغني (ج 5 ص 391)

ومغني إشتاج (ج 2 ص 323) . (3) البخاري (ج 3 ص 138) . (4) مسلم (ج 5 ص 27) .

إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة⁽¹⁾ .

وكذلك أخرج مسلم عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلم يفرس غرساً إلا كان ما أكل منه له صدقة ، وما شرب منه له صدقة ، وما أكل السبع منه فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، ولا يزرؤه أحد إلا كان له صدقة »⁽²⁾ .

وأما المعقول ، فيبانه أن الحاجة تدعو إلى المساقاة ؛ لأن مالك الأشجار قد لا يُحسِن تعهدها ؛ لعدم معرفته أو خبرته في سقيها ورعايتها ، أو لأنه لا يتفرغ للأشجار لضيق وقته وانشغاله في أمور أخرى ، وهناك من يُحسِن التعهد وهو متفرغ لذلك لكنه لا يملك الشجر ، فيحتاج ذاك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل ، وهو ما يقتضي القول بجواز المساقاة ؛ تحقيقاً للمصلحة ؛ وذلك الذي عليه جمهور العلماء ؛ إذ ذهبوا إلى جواز عقد المساقاة في الثمر وذلك في الجملة ؛ فإن الشافعية في الجديد قد قَصَرُوا المساقاة على النخل والعنب ؛ إذ قالوا : إن حقيقة المساقاة أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليعتمده بالسقي والتربة على أن الثمرة لهما . وعلى هذا لا تجوز المساقاة في غير النخل والعنب من الأشجار المثمرة كالتين والزيتون والتفاح والمشمش⁽³⁾ ؛ وذلك لأن جواز المساقاة كان رخصة فتختص بموردها من الأخبار ، ولأنه لا زكاة في الثمار من غير النخل والعنب فأشبهت غير الثمرة ، ولأنها تنمو من غير تعهد بخلاف النخل والعنب⁽⁴⁾ .

وذهب أكثر العلماء إلى جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر . وهو قول الخلفاء ، الراشدين (رضي الله عنهم) وبه قال سعيد بن المسيب ، وهو قول المالكية والحنابلة ، وكذا قال به الثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحق وأبو ثور ، وهو قول الشافعية في القديم⁽⁵⁾ . ويستدل على ذلك بالسنة والنظر :

أما السنة : فمنها ما أخرجه مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « عامل أهل خيبر بشطير ما يخرج منها من ثمر أو زرع »⁽⁶⁾ . فإن ذلك عام في النخل والعنب وغيرهما ،

(1) البخاري (ج 3 ص 135) .

(2) مسلم (ج 5 ص 27) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 322) والأنوار (ج 1 ص 580) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 79 ، 80) .

(4) المغني (ج 5 ص 392 ، 393) والأنوار ومعه حاشية الكمثري وحاشية الحاج إبراهيم (ج 1 ص 580) ومغني المحتاج (ج 2 ص 323) والبدائع (ج 6 ص 185) .

(5) المغني (ج 5 ص 392 ، 393) ومغني المحتاج (ج 2 ص 323) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 80) وبلغة

السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 256) .

(6) مسلم (ج 5 ص 26) .

فهو يُدُلُّ بعمومه على جواز المساقاة في كل الأشجار المثمرة ، وتخصيص ذلك بالنخيل أو العنب أو بهما معًا مخالفٌ لذلك العموم .

أما النظر ، فإنه ما من بلد من البلدان يَخْلُو من صنف من الأشجار المثمرة ، سواً في ذلك النخيل أو العنب أو غير ذلك من مختلف الأشجار كالتفاح والمشمش والشفرجل والبرتقال والزيتون وغير ذلك . فلا جرم أن الحاجة تدعو إلى المساقاة في مثل هذه الأشجار مثلما تدعو الحاجة إليها في النخيل والعنب . ولا تُشْلِمُ أن خبر أهل خيبر قد خصَّ ذلك ؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضًا ، فليس من الصواب التعليل بالعلة القاصرة هنا ، بل إن عمومها يقتضي عموم الحكم وهو ما تقتضيه المصلحة ، والقول بعدم الجواز مدعاة للحرج (1) .

وقالت المالكية بجواز المساقاة في كل أصل ثابت كالزئمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك ، وهو ما قاله أكثر أهل العلم . وقالوا أيضًا (المالكية) بجوازها في الأصول غير الثابتة كالبطيخ . ووجه قولهم في ذلك : أن المساقاة رخصة ينقذ فيها سبب عام فوجب بذلك تعدية الحكم بالجواز إلى غير ما ورد في الخبر ، واستثنوا من ذلك من الشجر ما كان يُخْلِفُ ويُجَنَّى مرة بعد أخرى كالمؤز والقصب ، فلا تجوز فيه المساقاة (2) .

وذهب أهل الظاهر إلى جواز المساقاة في سائر الأشجار مما يقوم على ساق ويطعم سنة بعد سنة ؛ استنادًا إلى ظاهر حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « عَاتَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » وعلى هذا فالمساقاة عندهم أن يدفع المرء أشجاره - أي شجر كان - من نخل أو عنب أو تين أو ياسمين أو موز أو غير ذلك مما يطعم سنة بعد أخرى على سهم مسقًى من ذلك الثمر كنصف أو ثلث أو ربع أو أكثر أو أقل كالمزارعة (3) .

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن المساقاة غير مشروعة ؛ لأنها استعجاء ببعض الخارج وهو ما نهى عنه الشارع . وقال بذلك زفر (4) .

أركان المساقاة

أركان المساقاة خمسة نعرض لها في هذا البيان :

- (1) المغني (ج 5 ص 393) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية وحاشية سمدي أفندي (ج 9 ص 480) .
- (2) بداية المجتهد (ج 2 ص 217) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 257) .
- (3) المحلى (ج 8 ص 228) .
- (4) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 478) والبدائع (ج 6 ص 185) .

الركن الأول : المحل :

وهو الشجر المدفوع لتعهيده والعمل فيه ، ويسمى المورد ، أي ما تُرَدُّ عليه صيغة عقد المساقاة ويُشترط فيه جملة شروط هي :

أولاً : أن يكون مرثياً . فلا تجوز المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يَحْتَلِفُ معها ، فلو ساقاه على بستانٍ بغير رؤية ولا صفة : لم يصح العقد ؛ لأنه عقدٌ على مجهول ، فهو غرر (1) .

ثانياً : أن يكون المحل معلوماً . فلو ساقاه على أحد هذين البستانين : لم يصح ؛ لعدم التعيين ؛ لأن المساقاة معاوضةٌ يختلف فيها الغرض باختلاف الأعيان ، وعدم التعيين مدعاةٌ للجهالة ، وهي تُقْضِي إلى النزاع (2) .

ثالثاً : أن يكون المحل مغروساً . فلا تجوز المساقاة في الفسيل (3) من صنفار النخيل ؛ وذلك لخلوها عن العوض كالمساقاة على الشجر الذي لا يُثْمِر . والأصل في ذلك أن الغرس ليس من أعمال المساقاة ؛ لأنها (المساقاة) عقدٌ على العمل في شجر مثمر . وعلى هذا لو ساقاه على فسائل ليغرسها ويتمدها مدة معينة على أن الثمرة بينهما : فسد العقد واستحق العاملُ أجرة المثل إن كان الثمر متوقفاً غالباً في المدة ؛ لأنه عمِلَ طامعاً في الإثمار . وإذا لم يكن الثمر متوقفاً غالباً فلا يستحق الأجرة .

رابعاً : أن يكون الشجر مثمراً . سواء في ذلك ما كان قاصراً على النخيل والعنب أو ما تعمَدِي ذلك إلى غيرهما من الأشجار المثمرة ، على الخلاف في ذلك وهو ما بيناه منذ قليل (4) .

الركن الثاني : الثمن :

ويُشترط فيه جملة شروط هي :

(1) الأنوار (ج 1 ص 580) والمغني (ج 5 ص 400) ونتائج الأذكار (ج 9 ص 480) وحاشية الشراوي (ج 2 ص 80) .

(2) للمغني (ج 5 ص 400) والأنوار (ج 1 ص 580) والبدائع (ج 6 ص 186) .

(3) القبييل : القصيل والفسائل : جمع ، ومفرده : القليلة ، والفسلان : جمع الجمع ، والفسيلة : هي الصغيرة من النخل . أفضل الفسيلة : أي تزعمها من أكلها واغترسها . والفسل : هو قضبان الكرم للغرس . انظر لسان العرب (ج 11 ص 519) .

(4) الأنوار (ج 1 ص 580) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 257) والبدائع (ج 6 ص 186) .

أولاً : اختصاصه بالمتعاقدين . وهما المالك والعامل ، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما .
ثانياً : اشتراك المتعاقدين كليهما فيه . فلا يجوز اشتراط كل الثمرة لأحدهما دون الآخر .
ثالثاً : يُشترط علم المتعاقدين بنصيب كل منهما من الثمر .

رابعاً : أن يكون نصيب كل منهما بالجزئية . فلا تصح المساقاة بالتقدير بل على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك ، فلو ساقاه على أشبع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أضغاً : لم تصح المساقاة ؛ لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيرُه فيتضرر صاحب الشجر ، أو ربما كثُر الثمر الحاصل فيستضر العامل .
وكذا لو شرط له ثمر تخلّات بينهما : لم تصح المساقاة ؛ لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لصاحب المال ، وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل . وكذا لو قال له : ساقيتك على أن لي خمسة قناطير : فلا يجوز ؛ إذ قد يكون مجموع الثمار خمسة قناطير ، فحينئذ تكون الثمار مخصوصة بأحد العاقدين دون الآخر ، وذلك مخالف لمقتضى العقد فيبطل (1) .

وفي ذلك كله أخرج مسلم عن رافع بن خديج قال : كنا نُكْري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فرما أخرجت هذه ولم تُخرج هذه ، فنهانا عن ذلك ، وأما الزرق فلم ينهنا (2) .

خامساً : أن تكون المساقاة بعد ظهور الثمر . وذلك الذي عليه جمهور العلماء ؛ لأن ذلك أبعد عن الغرر للوثوق بالثمر ، على أن محل الصحة قبل بدو الصلاح ؛ لبقاء معظم العمل ، أما بعد بدو الصلاح فلا يجوز وهو مفسد للمساقاة ؛ لفوات معظم الأعمال . وكذا لو ساقاه على التخل المثمر .

وجملة القول في مذهب عامة أهل العلم : أن المساقاة تصح على ثمرة موجودة إذا بقي من العمل ما يُستزاد به الثمر كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة ، أما إن بقي من العمل ما لا تزيد به الثمرة كالجذّاذ ونحوه : لم يجز العقد (3) . وثمة قول للشافعية بعدم

(1) المغني (ج 5 ص 395) والأنوار (ج 1 ص 580 ، 581) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 79 ، 80) والبنية (ج 8 ص 743) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية وحاشية سعدى أفندي (ج 9 ص 490) .

(2) مسلم (ج 5 ص 24) .

(3) المغني (ج 5 ص 394) ومثني المحتاج (ج 2 ص 326) والبدائع (ج 6 ص 186) والأنوار (ج 1 ص 581) وبلغة السالك (ج 2 ص 257) .

صحة المساقاة بعد ظهور الثمر ؛ وذلك لفوات بعض الأعمال (1) .

الركن الثالث : العمل .

ويُشترط فيه جملة شروط هي :

أولاً : أن يتفرد العامل بالعمل . فلو شرطَ عملُ المالك معه : فسد العقد .

ثانياً : معرفة العمل . وذلك برؤيته أو وصفه .

ثالثاً : أن تكون نفقة العمل على المالك بحكم ملكه للمحل .

رابعاً : أن تنفرد يدُ العامل في المحل . وهو الشجر ؛ ليمكن من العمل متى شاء ، فلو شرط كونُ الشجر في يد المالك أو يدهما : لم يصح العقد (2) .

خامساً : معرفة العمل جملةً لا تفصيلاً . وذلك بتقدير المدة كسنة أو أقل أو أكثر إلى مدة تبقى فيها العين غالباً للاستغلال ، فلا تصح المدة مطلقة أو مؤبدة ؛ لأن المساقاة عقد لازم فأشبهت الإجارة . ولا يجوز التوقيت لمدة المساقاة بإدراك الثمرة لجهالة ؛ لأن الإدراك قد يتقدم وقد يتأخر والمراد بالإدراك الجداد .

وجملة ذلك : اشتراط بيان المدة في المساقاة وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية . ووجه قولهم : أن المساقاة أشبه بالإجارة ؛ لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ؛ ولأن المساقاة إذا وقعت مطلقة عن الوقت فلا يمكن حملها على إطلاتها مع لزومها ؛ لأن ذلك يُفضي إلى أن العامل يشتبه بالشجر كل مدته فيصير كالمالك . وذلك كما لو استأجر أحد عيناً من غير توقيت بمدة فإن ذلك يقتضي أن يستبد المستأجر بالعين المؤجرة طيلة الزمن فيصير بذلك كما لو كان مالكا للعين المؤجرة ، وهذا لا يصح (3) .

ودعت الحنفية إلى أن بيان المدة ليس شرطاً لجواز المساقاة استحساناً ، فإذا لم يُشترط مدة : صح العقد وكان ذلك على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة . أما القياس فهو اشتراط المدة ؛ لأن تركُ البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة ، لكن القياس قد ترك لتعاطل الناس بذلك من غير بيان لمدة (4) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 326) والأنوار (ج 1 ص 581) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 327) والأنوار (ج 1 ص 581) والمغني (ج 5 ص 402-404) والبنية (ج 8 ص 743) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 582) ومغني المحتاج (ج 2 ص 328) والمغني (ج 5 ص 406) وأسهل المدارك (ج 2 ص 364) .

(4) البدائع (ج 6 ص 186) ونتائج الأفكار ومعه شرح النباهة (ج 9 ص 479) .

إذا ثبت ذلك فإنه بإطلاق عقد المساقاة يلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة ونماؤها وزيادتها ، وذلك كحراث الأرض وما يقتضيه ذلك من البقر وآلة الحرث ، ويلزمه كذلك سقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طُرُقِهِ وخلع الحشيش المُضِرِّ والشوك وقطع ما يحتاج إلى قطعه ، وكذا إصلاح الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول الشجر ، وكذا حفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يُقسَم وغير ذلك من وجوه الإصلاح للشجر والثمر .

وجملة ذلك : أن كل ما يتكرر من العمل كل عام ولا يُقصد به حفظ الأصل فهو على العامل ، وما لا يتكرر ويقصد به حفظ الأصل فهو على صاحب المال . وهو قول عامة العلماء في الجملة ⁽¹⁾ .

أما شراء ما يُلقَّح به الشجر فهو على المالك وإن تكرر ؛ لأن ذلك ليس من عمل العامل ، وكذا تسميد الأرض بالزُّبُل ، فشراء ذلك على صاحب الشجر وهو المالك ؛ لأن ذلك ليس من العمل الذي يلزم العامل . أما تفريق الزُّبُل في الأرض فهو على العامل ؛ لأنه من عمله كالتلقيح ، وكذلك الجِذَادُ والحِصَادُ واللقاط فهو على العامل أيضًا ؛ لأن ذلك من العمل فكان على العامل . وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية ⁽²⁾ ، خلافاً للحنفية ؛ إذ قالوا : كلُّ ما كان من باب النفقة على الشجر والأرض كشراء السرقةين - وهو الزُّبُل - لتسميد الأرض ، وكذا تليب الأرض المغروسة ، فذلك كله على العاقدين - وهما المالك والعامل - على قدر حقيقتيهما ؛ لأن العقد لم يتناول ذلك لا مقصوداً ولا ضرورة . وكذلك الجِذَادُ واللقاط ونحو ذلك فهو عليهما بقدر حقيقتيهما من الخارج ؛ لأن ذلك إنما يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون ذلك من حكم عقد المعاملة (المساقاة) ⁽³⁾ .

الركن الرابع : الصيغة .

وهي الإيجاب والقبول ، وبيان ذلك أن المساقاة تصح بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو قوله : ساقيتك على هذا النخل ، أو عاملتك ، أو فاحلتك ، أو اغمتل في بستاني . أو يقول له : سلَّمتك بستاني لتتمهده ، أو تتهذُن نخيلي أو حاطلي بكذا ، أو نحو ذلك مما فيه أداء معنى المساقاة . وذلك الذي عليه أكثر العلماء وفيهم الحنفية

(1) المغني (ج 5 ص 401 - 403) وأسهل المدارك (ج 2 ص 361) والبدائع (ج 6 ص 187) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 582) والمغني (ج 5 ص 402) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 80) وبلغت السالك على

شرح الدرر (ج 2 ص 258) . (1) البدائع (ج 6 ص 187) .

والشافعية والحنابلة ⁽¹⁾ ، خلافاً للمالكية ؛ إذ اشترطوا لصحة الصيغة أن تكون بلفظ ساقيتك فقط . فقالوا في ذلك : لا تنعقد المساقاة إلا بلفظ مادة المساقاة ، وهو قوله : ساقيتك . وأما لفظ خارج عن مادة المساقاة لا تنعقد به ، فلو قال : استأجرتك على عملي حائطي هذا بنصف ثمرته : لم تجز المساقاة ⁽²⁾ .

أما لو ساقاه بلفظ الإجارة : لم يصح العقد . وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة في أحد الوجهين من مذهبهم ؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر غير المساقاة ؛ ولأن الإجارة يُشترط لها أن يكون العوض معلوماً بخلاف المساقاة ⁽³⁾ .

وذهبت الحنابلة في الوجه الثاني من مذهبهم إلى جواز المساقاة بلفظ الإجارة ، وهو قول الحنفية في الظاهر من مذهبهم . ووجه ذلك : أن لفظ الإجارة مؤدٌ للمعنى فصيح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها وذلك هو القياس ⁽⁴⁾ .

ويُشترط في الصيغة أيضاً القبول لفظاً من الناطق ، وتصح بالإشارة المفهومة من الأخرس ، وذلك ككتابته ⁽⁵⁾ .

على أنه يجب مراعاة الشرطين التاليين ؛ كيما تصح المساقاة وهما :

الشرط الأول : أن لا يكون العقد معلقاً على شيء . فلو قال له : ساقيتك على بستاني هذا إن جاء فلاّن ، أو إن نزل الشتاء . أو قال له : إن اشتريت هذا البستان فقد ساقيتك إياه : فلا يجوز ذلك ؛ لعدم التنجيز .

الشرط الثاني : أن يكون العقد مؤقّطاً بزمان معلوم . كسنة أو أقل أو أكثر ، ولو عقد المساقاة مطلقاً عن التوقيت بمدة معلومة : بطلت المساقاة ؛ لأنها عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالإجارة . والمساقاة إذا عُقِدَتْ مطلقةً عن الوقت فإن ذلك مدعاة إلى استبداد العامل بالشجر كل مدته فصار كالمالك . وهو قول الجمهور خلافاً للحنفية ؛ إذ لم يشترطوا التوقيت بمدة معلومة ، وهو ما بيناه سابقاً .

(1) البدائع (ج 6 ص 176 ، 185) والمغني (ج 5 ص 401) والأنوار (ج 1 ص 582) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 79) .

(2) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 256 ، 257) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 328) وبلغة السالك (ج 2 ص 256) والمغني (ج 5 ص 401) .

(4) المغني (ج 5 ص 401) والبدائع (ج 6 ص 176 ، 185) والباية (ج 8 ص 743) .

(5) مغني المحتاج (ج 2 ص 328) .

على أن المدة المعلومة في عقد المساقاة يجب أن تكفي لإدراك الثمر فيها غالباً فلو
أُتت بمدة لا تكفي لإدراك الثمر في الغالب : فلا تصح المساقاة ، أما لو سُميت مدة قد
يلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها : جازت المساقاة ؛ لأننا لا نتيقن بفوات المقصود ⁽¹⁾ .
الركن الخامس : العاقدان .

وشرطهما العقل والبلوغ ، فالمساقاة إنما تصح من جائز التصرف لنفسه ؛ لأنها معاملة
على المال كالقراض (المضاربة) ، ولا يجوز ذلك من الصبي والمجنون والسفيه ، وهو
قول أكثر العلماء . على أن تولي كل واحد من هؤلاء أن يعقدها عنه عند المصلحة
للاحتياج إلى ذلك ⁽²⁾ .

أما الخفية فقد اشترطوا العقل وحده لجواز عقد المساقاة ، ولم يشترطوا البلوغ فيجوز
للصبي المأذون له في التجارة أن يعقد عقد المساقاة ، وكذا السفيه ⁽³⁾ .

* * *

(1) الأنوار (ج 1 ص 582) والمغني (ج 3 ص 406) وتنازع الأكرار ومنه شرح النهاية (ج 9 ص 470) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 323) .

(3) البدائع (ج 6 ص 185) والنهاية (ج 8 ص 742) .

الغصب

الغصب - في اللغة - : هو أخذ الشيء ظلماً . غَصَبَ الشيءَ يَغْصِبُهُ غَصْبًا ، واغْتَصَبَهُ فهو غاصِب . وَغَصَبَتَهُ عَلَى الشيءِ : أي قهره ، وغصبه منه . والاختصاص مثله (1) .

والغصب - شرعاً - : الاستيلاء على حق غيره من مال أو اختصاص قهراً بغير حق (2) .
والغصب مُحَرَّمٌ بكل من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فقال تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَعْضُكُمْ مِنْ رِجَالِ بَعْضٍ ﴾ (3) وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْمُكَلَّفِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (4) .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم حَبْجَه : « إن الله حَرَّمَ عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا في شهركم هذا في بلدكم هذا » (5) .

وكذلك أخرج مسلم عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ خطب الناس في الحج وقال : « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا في شهركم هذا في بلدكم هذا » (6) .

وأخرج مسلم عن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طَوَّقَهُ اللَّهُ إِيَّاهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ » (7) .

وكذلك أخرج مسلم عن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن أروى خاصمته في بعض داره . فقال : دَعَوْهَا وَإِيَّاهَا ، فإني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « من أَخَذَ شَبْرًا مِنَ الْأَرْضِ بِغَيْرِ حَقِّهِ طَوَّقَهُ فِي سَبْعِ أَرْضِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » اللهم إن كانت كاذبةً فَأَغِمْ بَصَرَهَا واجعل قبرها في دارها ، قال : فرأيتها عمياء تلتشمس الجُدُرَ تقول : أصابتني دعوة سعيد بن زيد ، فبينما هي تمشي في الدار مَرَّتْ عَلَى بَرٍّ فِي الدَّارِ فَوَقَعَتْ فِيهَا فَكَانَتْ قَبْرَهَا (8) .

وأخرج مسلم عن محمد بن إبراهيم أن أبا سلمة كان بينه وبين قومه خصومة في

(1) لسان العرب (ج 1 ص 648) .

(2) المغني (ج 5 ص 238) وكشاف النواع (ج 4 ص 76) .

(3) سورة النساء الآية (29) . (4) سورة البقرة الآية (188) .

(5) البخاري (ج 3 ص 217) . (6) مسلم (ج 4 ص 41) .

(7) مسلم (ج 5 ص 58) .

أرض وأنه دخل على عائشة فذكر ذلك لها ، فقالت : يا أبا سلمة ، اجتنب الأرض ؛ فإن رسول الله ﷺ قال : « من ظلم قيد شبر من الأرض طوّقه من سبع أرضين » (1) .

وأخرج الدارقطني عن أنس أن النبي ﷺ قال : « لا يجل مال امرئ مسلم إلا يطيب نفسه » (2) .

أما الإجماع : فإن الغصب في جملته حرام ، وقد أجمع على هذا المسلمون ، وهو ما يتفق على معناه الشرع والعقل ، وهو عمومٌ تخصّص بأشياء منها : الزكاة كرهاً ، وكذا الشفعة ، وإطعام المضطر والغريب والمعسر والزوجة ، وقضاء الدين ، وغير ذلك من الحقوق المالية التي تُتأط بالمرء ويلزمه أداؤها ، سواء كان ذلك عن طوعية أو إيجابٍ وقهر (3) .

إذا تقرر ذلك لزم الحكم بتحريم الغصب . فمن غصب شيئاً لزمه أن يردّه لصاحبه ما دام باقياً ، وفي هذا يقول الرسول الله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤدّه » (4) .

وأخرج أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاذاً ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليزدها عليه » (5) .

أما إذا تلف المغمصوب فقد لزم أن يردّ على صاحبه بدله ؛ لأنه لما تعدّر رد العين وجب أن يردّ ما يقوم مقامها في المالية ، وهو البديل . وبذلك فإن الغاصب يرد المغمصوب سواء كان المردود غيبته ، أو بدله ؛ ولو كلفه أضعاف قيمته ؛ لأنه هو المعتدي فلا تُعتبر مصلحته وهو أولى بالغرامة .

على أنه لا يُشترط لتحقيق الغصب نقل العين بل يكفي لذلك مجرد الاستيلاء على المغمصوب ، فلوركب دابة واقفة لإنسان وليس هو عندها كان غاصباً ، ولو دخل داراً قهراً وأخرج صاحبها فهو كذلك غاصب ؛ من أجل الاستيلاء . أما إن أخرجه من داره قهراً ولم يدخلها فليس بغاصب ؛ لعدم تحقق الاستيلاء . وكذا لو دخلها وفيها صاحبها بقوته لا يكون غاصباً ؛ لعدم حصول الاستيلاء . أما إن دخلها في غيبة صاحبها فهو غاصب (6) .

(1) مسلم (ج 5 ص 59) .

(2) المنذري (ج 5 ص 238) وكشاف القناع (ج 4 ص 76) ونيل الأوطار (ج 5 ص 146) .

(3) رواه أبو داود (822 / 3) رقم (3561) وأحمد (8 / 5) رقم (21098) والترمذي (906 / 1) رقم (1266) وابن ماجه (802 / 2) رقم (2400) وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 198) .

(4) رواه أبو داود (273 / 5) رقم (5003) والترمذي (402 / 4) رقم (2160) وأحمد (221 / 4) رقم (17969) . وانظر نيل الأوطار (ج 5 ص 355) .

(5) المنذري (ج 5 ص 238 ، 239) وكشاف القناع (ج 4 ص 77) والأُنوار (ج 1 ص 520 ، 511) وبلغت السالك (ج 2 ص 209) .

ولو خلط المغصوب بما يمكن تمييزه منه أو يمكن تمييز بعضه كحطبة خلطها بشعير أو ببشيم ، أو خلط صغار الحب بكباره ، أو خلط زبيبا أحمر بزيب أسود ، وما أشبه ذلك : فإنه يلزم الغاصب تخليص المغصوب ورده إلى صاحبه وعليه (الغاصب) أجره التمييز ؛ لأن ذلك حصل بتعدية فكان أولى بتحمل الثوم من مالكة ؛ لأن الشارع لم يعتبر مصلحة المعتدي ⁽¹⁾ .

وجملة القول في ذلك كله هو : وجوب رد المغصوب لصاحبه ، فإن كان المغصوب قائما رده بعينه ، وإن كان قد فات رد إليه مثله أو قيمته ، فيرد المثل فيما له مثل ، وذلك في المكيلات والموزونات والمعدودات من الطعام والدرهم والدنانير وغير ذلك ، ويرد القيمة فيما لا مثل له ، كالقروض والحيوان والعقار ، وتعتبر قيمة ذلك يوم الغصب لا يوم الرد ⁽²⁾ .

على أننا نعرض بعد ذلك لجملة مسائل تتعلق بالغصب نفصلها في هذا البيان :

غصب الأرض وزرعها

لو غصب إنسان أرضا فزرعها ثم ردها لصاحبها بعد أن أخذ الزرع : كان الزرع للغاصب ؛ لأنه نماء ماله ، لكن عليه أجره الأرض لصاحبها ابتداء من اغتصابها إلى وقت تسليمها ؛ لأنه أخذ ثقتها طيلة هذه المدة فلزمه بذلك العوض كما لو أخذ شيئا بالأجرة ، وكذلك عليه ضمان النقص إن نقصت الأرض كسائر المغصوبات . ولو غصبها ولم يزرعها فنقصت لترك الزراعة : فقد ضمن الغاصب ثقتها ؛ لأن هذا النقص حصل بسبب الغاصب ⁽³⁾ .

ولو أخذ الأرض صاحبها من الغاصب والزرع فيها قائم : فلا يملك صاحبها إيجاب الغاصب على قلع الزرع ، بل يُكَيَّر (المالك) بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته ويكون له الزرع أو يترك الزرع للغاصب حتى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجره الأرض وأرض نقصها . وهو قول الحنابلة ، واستدلوا على ذلك بما رواه رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ ، وَلَهُ نَفَقَتُهُ » ⁽⁴⁾ .

(1) كشف القناع (ج 4 ص 79) والأنوار (ج 1 ص 548) .

(2) أسهل الملتزم (ج 3 ص 62) والأنوار (ج 1 ص 540 - 542) .

(3) كشف القناع (ج 4 ص 80) ونيل الأوطار (ج 5 ص 360) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 326) .

(4) رواه الخمسة إلا النسائي . وهو حديث حسن كما قاله البخاري . انظر نيل الأوطار (ج 5 ص 359) .

وهذا يدل على أن الغاصب لا يُجبر على قلع الزرع ؛ لأنه يملك للمغصوب منه ⁽¹⁾ .
وقالت المالكية بما يشبه ذلك في الجملة ؛ إذ قالوا : إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبة
زرعاً ، فإن أخذ الأرض صاحبها في إبان (وقت) الزراعة ، فهو مُحَيَّرٌ بين أن يُلْعَ
الزرع أو أن يتركه ويأخذ الكراء . وإن أخذ الأرض بعد إبان الزراعة ، فهو مخيرٌ
كذلك . وقيل : ليس له القلع بل له الكراء ويكون الزرع لزاعه ⁽²⁾ .

ومن الاستدلال بالنظر لذلك قالت الحنابلة : إن أمكن ردُّ المغصوب إلى مالكه من
غير إتلاف لمال الغاصب على قرب من الزمان فيه ، وإلا لم يُجْزِ إتلافه ، كما لو غصب
سفينةً فحمل فيها ماله وأدخلها البحر فإنه لا يُجبر على ردِّ المغصوب وهو في اللجة
(الماء) بل ينتظر حتى تَوَسُّو السفينة ؛ صيانةً للمال عن التلف . وكذا ههنا ؛ لأنه زرعٌ
حصل في ملك غيره فلا يجبر على قلعه على وجه يضر به ⁽³⁾ .

أما الحنفية فذهبوا إلى أن صاحب الأرض عليه أن ينفق على الزرع ، ويكون له الزرع
بنفقة الزارع (الغاصب) ⁽⁴⁾ .

وثمة قول في المذهب وهو : أن الغاصب يضمن نقصان الأرض وله أن يأخذ رأس
المال ويتصدَّق بالفضل ، أما ضمان النقصان : فلائُ الغاصب نقص الأرض بالزراعة
وذلك إتلافٌ منه ، والعقار مضمونٌ بالإتلاف بلا خلاف ، وأما التصدُّق بالفضل
فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في أرض الغصب ⁽⁵⁾ .

أما الشافعية فقالوا : إن صاحب الأرض يملك إيجابَ الغاصب على قلعه ، ويكون الزرع
لمالك البذر وعليه كراء الأرض . واستدلوا على ذلك بالحديث : « ليس لعزقي ظالم حقٌّ » ⁽⁶⁾
ولأنه زرعٌ في أرض غيره ظلمًا فأشبهه الغراس ⁽⁷⁾ وسنعرض لهذا في المسألة الآتية .

(1) المغني (ج 5 ص 253) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 66) وبناية المجتهد (ج 2 ص 59) ونيل الأوطار (ج 9 ص 368) .

(3) المغني (ج 5 ص 254) .

(4) البناية (ج 8 ص 389) .

(5) البدائع (ج 7 ص 154) .

(6) أخرجه أبو داود (453/3) رقم (3073) والترمذي (662/3) رقم (1178) . وانظر نيل الأوطار (ج 9 ص 359) .

(7) نيل الأوطار (ج 5 ص 360) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 149) والمهذب (ج 1 ص 171) ومغني

المحتاج (ج 2 ص 291) .

والراجح : القول بعدم الإيجابار على قلع الزرع ؛ لأنه ملك لصاحب الأرض . ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد وأبو داود والطبراني وغيرهم أن النبي ﷺ رأى زرعاً في أرض ظهير فأعجبه فقال : « ما أحسن زرع ظهير ! » فقالوا : إنه ليس لظهير ولكنه لفلان . فقال : « فخذوا زرعكم وركبوا عليه نفقته » ⁽¹⁾ فدل ذلك على أن الزرع تابع للأرض . ومن جهة أخرى : فإن حديث رافع بن خديج أنخص من قوله ﷺ : « ليس لعزقي ظالم حق » فهذا عام وهو يمتد على الخاص ، فيكون الراجح ما ذهب إليه أهل القول الأول من أن الزرع لصاحب الأرض إذا استرجع أرضه والزرع فيها . وأما إذا استرجعها بعد حصاد الزرع فظاهر الحديث أنه لصاحب الأرض كذلك ، على أنه لا أجرة على الغاصب في الأرض المغصوبة إذا اختار صاحب الأرض أخذ الزرع بنفقته ؛ وذلك لأن منافع الأرض في هذه المدة عادت إليه ⁽²⁾ .

تسبب الأرض وغرسها والبناء فيها

لو غصب إنسان أرضاً فغرس فيها غراساً أو بني فيها بناءً : كان لصاحب الأرض أن يجبره على قلع الغراس ونقض البناء ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « ليس لعزقي ظالم حق » ⁽³⁾ . وأخرج أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ ، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، ففضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها . قال : فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالقنوس ، وإنها لنخل غم . وعثم - بضم العين وتشديد الميم - : جمع ، ومفرده : عيمة ، أي : طويلة ⁽⁴⁾ وذلك دليل على جواز الحكم على من غرس في أرض غيره غروسة بغير إذنه أن يقطعها ، أو من بنى فيها بناءً أن ينقضه .

وعلى هذا فإنه يؤمر شاغل أرض الغير بإحلالها عما سألها ، كما لو شغل طرف غيره بطعامه بأن غصب طرفاً فطرح فيه متاعه ، فإنه يؤمر بتفريغه ، فكذا هذا . وهو ما لا خلاف فيه ⁽⁵⁾ .

ولو كانت الأرض تنقص بقلع الغرس والبناء : كان للمالك أن يضمّن للغاصب قيمة

(1) انظر نيل الأوطار (ج 5 ص 360) .

(2) نيل الأوطار (ج 5 ص 360 ، 361) وكشاف القناع (ج 4 ص 80) .

(3) سبق تخريجه . (4) انظر نيل الأوطار (ج 7 ص 359) .

(5) نيل الأوطار (ج 5 ص 361) وكشاف القناع (ج 4 ص 81) والمهذب (ج 1 ص 371) ومعني الاحتجاج

(ج 2 ص 291) والبناء (ج 8 ص 390 ، 391) ونتائج الإنكار (ج 9 ص 343) .

البناء وقيمة الغرس مقلوعين - أي حال كون كل واحد من الغرس والبناء مقلوعاً - ويكرهان لصاحب الأرض ؛ لما في ذلك من نظر للغاصب وصاحب الأرض ودفع للضرر عنهما ؛ فإن في منع الغاصب من البناء والغراس إضراراً له ؛ لأنه عين ماله ، فلا يجوز منعه منها ، وفي قلعه وتسليمه ضرر للمالك ، والضرر ممنوع ؛ للحديث : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ^(١) وفيما ذكر نظراً ورعايةً للجانبين . وهو قول الحنفية ^(٢) .

وقالت الحنابلة : يلزم الغاصب تسوية الأرض بعد القلع وأرض نقصها ؛ لأن هذا ضرر حصل بفعله - وهو القلع - فلزمه إزالته كغيره وعليه أجره مثل الأرض مدة احتباسها ؛ لأن منافعتها ذهبت تحت يده فكان عوضها عليه . وهو قول الشافعية في الجملة ؛ إذ قالوا : إن كانت زيادة المصسوب عيناً كبناء وغراس : كلّف الغاصب القلع وأرض النقص إن كان ، وإعادة الأرض كما كانت ، وكذا أجره المثل إن مضت مدة لمثلها أجره . ولو أراد المالك تملك ذلك بالقيمة أو إبقائه بأجرة : لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح من المذهب ؛ وذلك لإمكان القلع بلا أرض ^(٣) .

ولو غصب فأثمر : فإن الثمر لصاحب الشجر بغير خلاف ؛ لأنه (الثمر) نماء ملكه - وهو الشجر - وعلى الغاصب رد الثمر إن كان باقياً ، وإن تلف فعليه بدله . ولو كان زطاً فصار تمراً ، أو كان عنباً فصار زبيباً : فعليه أن يؤده لصاحبه وأرض نقصه إن نقص ، وليس للغاصب في ذلك شيء بعمله في الشجر ؛ لأنه لا أجره للغاصب بعمله في المصسوب ^(٤) ؛ وذلك للخبر : « ليس ليرقي ظالم حق » .

قال صاحب البدائع في هذا الشأن : لو غصب حيواناً فكَبُرَ في يده أو سَمِنَ أو ازدادت قيمته بذلك : فلصاحبه أن يأخذه ، ولا شيء عليه للغاصب ؛ لأنه ليس للغاصب فيه عين ماله متقوم قائم ، وإنما الزيادة نماء ملك المالك . وكذلك لو غصب أرضاً فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه . وكذلك لو كان نخلاً طلع فأثمره ولقحه وقام عليه : فهو للمصسوب منه ، ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ^(٥) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) البناء (ج ٨ ص ٣٩٠ ، ٣٩١) ولعائج الأفكار (ج ٩ ص ٣٤٣) .

(٣) كشاف القناع (ج ٤ ص ٨١) ومفني المحتاج (ج ٢ ص ٢٩١) .

(٤) المغني (ج ٥ ص ٢٥٦) والبدائع (ج ٥ ص ١٦٢) وأسهل المدارك (ج ٣ ص ٦٦) .

(٥) البدائع (ج ٥ ص ١٦٢) .

ولو غصب أرضاً وكسّط ترابها : لزمه أن يردّ التراب وأن يقرّشه على ما كان عليه أصلاً ، وذلك إن طلبه المالك وكان له في ذلك غرض صحيح كخوف التعثر بفعل الكاشط أو الوقوع في حفرة ، وإذا لم يكن له غرض صحيح : فلا يلزم الغاصب ردّ التراب بغير إذن المالك .

ولو أخذ الغاصب التراب من أرض بغير إذن صاحبها فضربه لئباً : لزمه ردّ اللبّ إلى المالك ؛ لأنه ماله ولا شيء للغاصب في نظير عمله لتعديه به إلا أن جعل الغاصب في التراب شيئاً له ، فله أن يتخلّل اللبّ ويأخذ يتيته . وإن طالبه المالك بتخلّل اللبّ : لزمه حله إن كان في حله غرض صحيح للمالك ، وإذا لم يكن له في ذلك غرض صحيح فلا يحله ؛ لأن ذلك سقّة .

وكذلك لو جعل التراب آجراً - وهو اللبّ المشوي - أو فخاراً : لزمه أن يردّه للمالك ، ولا أجر له لعمله ؛ لأنه عدوان وليس للغاصب أن يكتسره ، وكذا المالك ليس له إجبار الغاصب على كسره ؛ لما في ذلك من إضاعة للمال بلا فائدة . وهو قول الشافعية والحنابلة (1) .

وخالف الحنفية فقالوا : إذا تغيّرت العين الموصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها : زال ملك الموصوب منه عنها ، وملكها الغاصب وضيمتها ، فلا يجزّل له الانتفاع بها حتى يؤدّي بدلّ العين الموصوبة وهو المثل أو القيمة . وعلى هذا لو غصب تراباً فأنّكه أو طبخه آجراً ، أو اتخذ منه آنية الخزف أو نحو ذلك ، فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس بأن ينتفع به (2) .

ولو غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ، فطالبه صاحب الأرض بطمها : لزمه طمها ؛ لأن التراب ملك صاحب الأرض ، وقد نقله الغاصب من موضعه فلزمه رده إلى موضعه كتراب الأرض . فإن أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الأرض : أجزّ على ذلك إن كان للغاصب غرض في طمها كأن يخاف سقوط أحد فيها فيضمنه . وإن لم يكن له غرض في طم البئر كأن يكون قد وضع التراب في ملك الموصوب منه وأبرأه هذا مما حفر وأذن فيه : لم يكن له طمها ؛ لأنه إلتاف لا تنفع فيه فلم يكن له فعله . وهو قول الحنابلة في الراجح عندهم ، وكذا المالكية في الظاهر من مذهبيهم ، وكذا الشافعية في أحد وجهين عندهم . وما قيل في حفر البئر في الأرض الموصوبة ينسحب على حفر نهر فيها بغير إذن من

(1) كشاف القناع (ج 4 ص 83) والمغني (ج 5 ص 244) والأنوار (ج 1 ص 457) .

(2) البناء (ج 8 ص 367) .

صاحب الأرض ، فإن أراد الغاصب طمّ النهر فمنعه المالك وكان للغاصب في طمه غرض : نجاز له ذلك ، وإذا لم يكن له في طمه غرض : فليس له أن يطمه ؛ لأن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي ، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان (1) .

غصب الثوب

لو غصب أحد ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته : لزمه ، حتى لو غلت الثياب فعادت لذلك قيمته كما كانت : لزمه ردُّ المَغْصُوبِ وأُزْشُ نقصه فلو غصب ثوباً قيمته عشرة دراهم فنقص بلبسه إلى خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة ردّه وخمسة ، لأن ما تلف قبل الغلاء ثبتت قيمته في الذمة وهي خمسة دراهم . ولا يُعتبر ذلك بغلاء ولا رخص .

أما لو غصب ثوباً قيمته عشرون درهماً أو ديناراً . وعادت بالسوق إلى عشرة دراهم وردَّ المَغْصُوبِ (الثوب) بعينه : فلا شيء عليه .

وجملة ذلك : أن حقَّ المَغْصُوبِ منه يجب أن يردهُ إليه الغاصبُ ، فإن كان المَغْصُوبُ قائماً ردّه الغاصبُ بعينه إلى مالكه ، وإن كان قد فات ردُّ إليه مثله فيما له مثل ، وذلك في كلِّ تمكيل وموزون ومعدود من الطعام والدنانير والدراهم وغير ذلك ، وإذا لم يكن له مثل ردَّ إليه قيمته كالعروض والحيوان والعقار وتُعتبر قيمة ذلك يوم الغصب لا يوم الرد (2) .

التصرف في المَغْصُوبِ بما يزيده

إذا زاد المَغْصُوبُ : لزم الغاصب ردّه بزيادته كيفما كانت ، فإنَّ المَغْصُوبَ منه أحقُّ من الغاصب بالمَغْصُوبِ ، سواء فيه العينُ الأصلية أو ما حصل من زيادة أو كسب ؛ لأن ذلك من ثَماء المَغْصُوبِ وهو للمالك فلزم ردّه كالأصل . فلو غصب جُرْطَةً فطحنها ، أو شاةً فذبحها وشواها ، أو غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته بأن كان المَغْصُوبُ حديثاً فعمله سكاكين وأواني ، أو كان خشبة فجعلها باباً ، أو كان نسيجاً فقطعه وشاطه ثوباً ، أو كان المَغْصُوبُ قطعاً فغزله أو غزلاً فنسجه ، أو ذهباً فصاغه حلياً أو نحو ذلك : فإن يملك صاحبه لا يزول عنه بل يأخذه وأُزْشُ نقصه إن نقص ؛ لأنه عينُ ماله ولا يُشَارِكُ الغاصبُ فيه ببديل عمله ؛ لأنه عملُ تبرُّع في ملك غيره بدون إذنه — فلم

(1) المهذب (ج 1 ص 372) وأسهل المدارك (ج 3 ص 67) والمغني (ج 5 ص 245) .

(2) المغني (ج 5 ص 261) والأُنوار (ج 1 ص 546) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 34) وأسهل المدارك (ج 3 ص 62) والنباية (ج 8 ص 349) .

بشاركه ببذله . وهو قول الشافعية ، والصحيح من مذهب الحنابلة ، وهو الظاهر من قول المالكية ، وجملة القول . أنه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزيد ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنفية إلى خلاف ذلك ؛ إذ قالوا : إذا تغيرت العين الموصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها كالحنطة إذا طحنت فصارت دقيقاً ، أو الشاة إذا غصبها وذبحها وشواها أو طبخها ، أو غير ذلك من صور الفعل في العين الموصوبة بما يغير عينها : فإنه يزول ملك الموصوب منه عنها ويملكها الغاصب ويضمنها ، فلا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدل العين الموصوبة وهو المثل أو القيمة . أما الموصوب منه فلم يثبت يملك العين الموصوبة حتى لو أراد أن يأخذ عين الدقيق ليس له ذلك ، وكذا الشاة المشوية أو المطبوخة .

ووجه قولهم : أن الغاصب أحدث صنعة متقومة ؛ لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيئها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً ، وبذلك صار حق المالك هالكاً من وجه وهو فقدان الصورة ، فإن قيام الشيء إنما يعرف بصورته ومعناه وقد فقدت الصورة هنا ، ألا ترى أنه قد تبدل الاسم ؟ وتبدل الاسم يدل على تبدل العين فكأنه لم يبق العين الأولى . أما الغاصب فحقه قائم في الصنعة من كل وجه فيترجح على حق الأصل ، وهو حق المالك الذي هو فائت من وجه ؛ لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه ، والعين هالكة من حيث الصورة فصارت الصنعة راجحة في الوجود ، وعلى هذا فالغاصب أحق من الموصوب منه في العين الموصوبة المتغيرة ⁽²⁾ .

إذا ثبت ذلك فإنه إذا غصب عينا فاستحالت عند الغاصب إلى حال أخرى بأن انقلبت عن حالها التي كانت عليها : فهي للموصوب منه ، وذلك كما لو غصب بيضاً فصار قزحاً ، أو غصب حباً فصار زرعاً ، أو غصب نوى فصار شجرة : فهو للموصوب منه ، فإن له أن يرجع به على الغاصب ؛ لأنه عين ماله ، فإن نقصت قيمته بالاستحالة يرجع صاحب العين الموصوبة بأثره النقص على الغاصب لحصول النقص في يده . وفي هذا الشأن يقول الإمام أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأقرخت عندهم : يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة ، ولا شيء للغاصب فيما عمل .

وكذلك لو غصب شاة فأجاء إليها بفحل لضرايبها : كان الولد لصاحب الشاة ؛ لأنه

(1) المهذب (ج 1 ص 370 ، 371) والمغني (ج 5 ص 263) وأسهل المبارك (ج 3 ص 66) وحاشيتا

القلوبي وعميرة (ج 3 ص 36) . (2) البناية (ج 8 ص 365 - 370) .

من نَمَائِهَا . وكذا لو غصب فحلاً فَأَنْزَاهُ عَلَى شَاتِهِ : فالولدُ لصاحب الشاة ؛ لأنه يُبْتِغِ الأُمَّ ، ولا أَجْرَةَ للغاصب . وكذلك لو غصب طيئاً فضربه لَبَيْتاً أو أَشْجَرًا أو فَخَّارًا ، أو غصب سيقاً فقاتل به وَغَنِمَ : فإنه يلزم الغاصب ردُّ ذلك كُلِّهِ إلى المَغْصُوبِ منه وأَرْضُ نَقْصِهِ إن كان ثَمَةً نَقَصَ ؛ لكونه حصل بفعله ، ولا شيء للغاصب نظير عمله لتعديده ، وليس عمله هذا إلا تبرعاً في ملك غيره ، فلم يستحق لذلك عوضاً .

على أنه إذا أمكن ردُّ المَغْصُوبِ إلى الحالة الأولى : كان للمالك أن يُعْجِزَ الغاصبَ على الإعادة إليها ؛ لأن عملَ الغاصب في المَغْصُوبِ محرَّمٌ ، فحقُّ للمالك أن يُرْزِلَهُ مع الإمكان إذا كان له في ذلك غرضٌ صحيح ، وإذا لم يكن له في الإعادة غرضٌ صحيح فلا يُعْجِزُ الغاصبَ برُدِّ المَغْصُوبِ إلى ما كان . أما ما لا يمكن ردهُ إلى حالته الأولى كالأبواب والفخار ونحو ذلك كالشاة يذبحها الغاصبُ ويشويها ، والخبث يطبخه : فليس للغاصب إفساده ، وليس للمالك إيجابه على ذلك ؛ لأنه إضاعةٌ للمال بغير منفعة ، بل يجب ردهُ إلى المالك وهو المَغْصُوبُ منه . وذلك قول الشافعية والحنابلة ^(١) .

أما الحنفية فذهبوا إلى أن حقَّ المالك ينقطع في المَغْصُوبِ إذا تصرف فيه الغاصبُ فزاد ، فيزول تملكُ المالك ويملكه الغاصبُ مع ضمانه لعين المَغْصُوبِ . وهو ما بيناه سابقاً ^(٢) .

أما المالكية فقالوا : إذا دخلت في المَغْصُوبِ صنعةٌ فلا ينبغي أن يُخْرَجَ الغاصبُ من عمله في المَغْصُوبِ ، فلو غصب قطعةً من ذهب أو فضة أو نحاس أو حديد فأدخل عليه صنعةً فصيغَ حُلِيًّا أو آنية ، وكذا لو غصب طيئاً فجعله لبناً ، أو قمحاً فطبخه ، أو دقيقاً فعجنه ، أو عجينةً فخبزه : فإنه ينبغي الاحتياطُ للغاصب فلا تضعيكَ كُلفُهُ فعله عليه ، وهو إن ظَلَمَ فلا يُظَلَمَ ^(٣) .

المَغْصُوبُ إِذَا أُمِكنَ إِجَارَتُهُ

يعني إذا كان المَغْصُوبُ مما يُؤَجَّرُ عادةً ، كان على الغاصب أَجْرُهُ مثل المَغْصُوبِ مدةً مقامه في يده ، يستوي في ذلك ما لو استوفى الغاصبُ أو غيرهُ المنافع أو تركها تذهب من غير استغلال ؛ لأن كُلَّ ما ضُمِنَ بالإتلاف جاز أن يُضْمَنَ بمجرد التلف في اليد .

(١) كشف القناع (ج ٤ ص ٨٨) والأنوار ومعه حاشية الكمشرى (ج ١ ص ٥٤٨) .

(٢) البداية (ج ٨ ص ٣٦٧) وبتأليف الأفكار ومعه شرح العناية (ج ٩ ص ٣٣٧) .

(٣) بلغة السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ٢١٣) .

ولو ذهب بعض أجزاء المَغْصُوب في مدة الغصب باستعمال أو بغير استعمال : فقد لزم الغاصِبُ أرشُ النقص مع الأجرة ؛ لأن كل واحدٍ من الاثنين (الأجرة وأرشُ النقص) ينفرد بالإيجاب ، فإذا اجتماعا وجبا .

ولو تلف المَغْصُوبُ : فعلى الغاصِبِ أجرته إلى حين تلفه ؛ لأنه من حين التلف لم يَبْقَ له منفعة حتى يُرجَبَ عليه ضمانها . وذلك الذي عليه الشافعية والحنابلة (1) .

أما الحنفية فقالوا : إن الغاصِبَ لا يُضْمَنُ منافع ما غصبه ؛ لأن المنافع لا تُضْمَنُ بالغصب والاستهلاك . وصورة ذلك : ما لو غصب عبداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع ، أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها (المنافع) : فلا تُضْمَنُ هذه المنافع ولكن يُغْرَمُ الغاصِبُ ما نقص من عين المَغْصُوب باستعماله فحينئذٍ يضمن الغاصِبُ النقصانَ . ووجه ذلك : عندهم أن المنافع حصلت في ملك الغاصِبِ لحدوثها في مكانه حيث تصرفه وقدرته وكسبه ، وما حدث في مكان الرجل فهو ملكه دفقا لحاجته ، والتحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء إزالة يد المالك (2) .

مسائل متفرقة

ثمة مسائل شتى تتعلق بالغصب توجد في مظانها من كتب الفقه نعرض لبعضها :
من هذه المسائل : ما لو غصب قصيلاً (3) أو مئزرًا أو نحوه فأدخله داره فكَبُرَ ولم يخرج من الباب إلا بنقصه : وجب نَقْضُهُ ؛ لضرورة وجوب الرد ، ثم يُرَدُّ القصيلُ أو المئزرُ لصاحبه ولا شيء عليه ؛ لأن المتعدي - وهو الغاصِب - أولى بالضرر . وإن كان حصولُ القصيل أو المئزر في الدار من غير تفريط من صاحبها ، بأن دخل القصيلُ بنفسه أو أدخله صاحبه : نُقِضَ البابُ وضمانه على صاحب القصيل لتحصيل ماله فيغرم للمالك أرشُ نقص البناء وإصلاحه . وهو قول الشافعية والحنابلة (4) .

ه ومنها : ما لو غصب خشبةً وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً بحيث لا تخرج الخشبةُ إلا بنقص الباب : وجب نَقْضُهُ كذلك وردَّ الخشبة لصاحبها كالذي بيناه في

(1) كشاف القناع (ج 4 ص 111) ومغني المحتاج (ج 2 ص 293) .

(2) البناية (ج 8 ص 419) .

(3) القصيل : ولدُ الناقة إذا فُصِلَ عن أمه ، والجمع : فُصْلان وفُصَال . انظر مختار الصحاح (ص 505) .

(4) كشاف القناع (ج 4 ص 84) والمغني (ج 5 ص 283) ومغني المحتاج (ج 2 ص 295) .

غصب الفصيل .

على أن الخشبة إن كان كثرها أكثر ضرراً من نقض الباب بأن تنقُص قيمتها بالكسر أكثر من أرش نقض الباب وإصلاحه ، فإنه يُنقُص الباب ويغرم صاحبها أرش نقضه وإصلاحه إذا حصلت الخشبة في الدار من غير تفريط صاحبها (صاحب الخشبة) . أما إن كان كسر الخشبة أقل ضرراً من نقض الباب : كُسيرت الخشبة ولا شيء على صاحب الدار ؛ لعدم عدوانه إذا كان حصول الخشبة في الدار بعدوان من صاحب الخشبة . وذلك كمن غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة ، أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرماً ونحوها بغير إذنه : كُسيرت الخشبة ودُبح الحيوان المأكول إن زاد ضرره على نقض البناء ؛ لأن صاحبه هو الذي أدخل الضرر على نفسه بعدوانه . ويشبه ذلك في الحكم ما لو كان الحاصل من ذوات التراكيب كالأبيرة والخزائن ، فإن فوط مالك الدار : يُقْض الباب من غير أرش ، وإن فوط مالك التراكيب لزمه فكها ⁽¹⁾ .

• ومنها : ما لو غصب ساجّة ⁽²⁾ وأدرجها بالبناء ، فإنه يُظنر : إن تعفنت الساجّة وتليثت : لم يُجبر الغاصب على ردّها ؛ لأنها صارت مستهلكة ، فسقط ردّها ووجبت قيمتها ، وإذا لم تتعفن الساجّة : لزم الغاصب إخراجها وردّها إلى المالك .

ولو غصب لَوْحاً وأدخله في سفينة : لم يلزمه قلعه منها وهي في لجة البحر حتى تُخرج وتزسو على الشطّ إن خيف عليها الغرق بقلعه مع إمكان ردّ الحق إلى مستحقه بعد زمن يسير . وعلى الغاصب أجره اللوح حتى يرده ؛ وذلك لذهاب منافعه بيده ، وكذا أرش نقصه إن نقص . أما إن كان اللوح في أعلى السفينة بحيث لا تفرّق بقلعه منها : فقد لزمه قلعه وردّه لصاحبه كما لو كانت بالساحل ، ولصاحب اللوح طلب قيمته حيث تأخر القلع بأن كانت السفينة في اللجة وخيف غرقها .

• ومنها : ما لو غصب خيطاً فخاط به ثوباً أو نحوه ، فإن يلي الخيط : لم يُجبر الغاصب على ردّه ؛ لأنه صار هالكاً ، فوجبت قيمته ، وإن كان باقياً بحاله : لزمه ردّه .

أما لو خاط بالخيط جرح حيوان ، فإنه ينظر : إن كان الحيوان لا حرمة له كالمرتكد والخنزير

(1) كشاف القناع (ج 4 ص 83 ، 84) ومغني المحتاج (ج 2 ص 295 ، 296) .

(2) الشاجة : من الشاج . وهو ضرب من الشجر يُقَطَّم جدّاً ويذهب طولاً وعرضاً وله ورق كبير . وهو أيضاً الطليشان الأخضر ، وجمعه : يبيجان : انظر المعجم الوسيط (ج 2 ص 460) ومختار الصحاح (ص 319) .

والكلب العقور : فيجب نزع الخيط ورده لصاحبه ؛ لأنه لا يَضْمَنُ تفويت ما ليس له حرمة .
أما لو خاط به جرح حيوان محترم لا يَجِلُّ أكله كالآدمي ، فإن يجيف من نزعه أن يهلك المجروح أو يَطْلُو برؤه : فلا يجب نزع الخيط ؛ لأن الحيوان أكد في حرمة من المال ، ولهذا يجوز للمرء أن يأخذ مال غيره ليضون به حياته .

أما لو خاط به جرح حيوان مأكول اللحم ، فإن كان ملكاً لغير الغاصب وخيف تلفه بقلع الخيط منه : لم يقلع ؛ لما في قلعه من إضرار بصاحبه ، والضرر لا يزال بالضرر . أما إن كان الحيوان للغاصب : فإنه لا يجب رده ؛ لأنه يمكن ذبح الحيوان والاتفاح بلحمه ، وإن حصل فيه نقص على الغاصب فلا يكون ذلك مانعاً من وجوب ردِّ المغصوب ، وذلك كنقض البناء لردِّ الخشبة أو الساجة أو الحجر المغصوب . وهو قول الشافعية والحنابلة والظاهر من مذهب المالكية .

وجملة ذلك : أن ملك المغصوب منه لا يزول عنه بل يجب رده إليه وأرش النقص إن كان ثمة نقص ؛ لأن المغصوب عين ماله وليس للغاصب فيه حقٌ لعدوانه ⁽¹⁾ .

أما الحنفية فقالوا : إن يملك المغصوب منه يزول عنه ويتملكه الغاصب ويضمّن قيمته ، وذلك فضلاً عن الإضرار الذي يحيق بالغاصب إذا نقض ملكه من أجل المغصوب ، أما ضرر المالك فهو مجبور بالقيمة يلتزم بها الغاصب .

وعلى هذا فإن من غصب ساجة فبنى عليها : زال ملك صاحبها (المغصوب منه) عنها ولزم الغاصب قيمتها ، هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة ، أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزُل ملك المغصوب منه عنها . وهو ما لا خلاف فيه .

وكذلك لو غصب خشبة فأدخلها في بناءه ، أو أجره فأدخلها في بناءه ، أو جصاً فبنى به : كان على الغاصب في ذلك كله قيمته ، وليس للمغصوب منه نقض ما بناه الغاصب وأخذ ساجته وخشبته وأجرته على حوالي الساجة ؛ لأن الغاصب غير متعد في البناء على ملكه فلا ينبغي نقضه . أما إذا بنى على نفس الساجة : فإنه يُنْقَضُ بناؤه ⁽²⁾ .

(1) المغني (ج 5 ص 282 - 286) وكشاف القناع (ج 4 ص 84 ، 85) والمهذب (ج 1 ص 372 ، 373) والأنوار (ج 1 ص 549) وبلغة السالك (ج 2 ص 214) .

(2) البناية (ج 8 ص 378 ، 379) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 337) .

ضمان المال من غير غضب

إذا أتلّف المكلفُ أو غيره مالاَ محرّماً لغيره بغير إذنه : وجب ضمانه ، سواء كان الإتلاف خطأ أو سهواً أو عمداً ، ومن جملة ذلك :

أولاً : ما لو فتح قفصاً على طائر فطار ، أو حلّ دابته فذهبت : فإنه يضمن ذلك . وهو قول الحنابلة والمالكية . ووجه قولهم : أن المغصوب قد ذهب بسبب فعل الغاصب فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله ، والمباشرة بالفعل إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط ، وذلك كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة وأغرى كلباً على صبي فقتله ، لكن لما لم يمكن إحالة الحكم على مثل هذه الدواب كان الضمان على المتسبب (1) .

أما الشافعية فلم يُوجبوا الضمان بمجرد الفتح إلا إن حصل معه تنفيرٌ ؛ إذ قالوا : إذا فتح قفصاً عن طائر فإنه يُنظر : فإن نفره حتى طار : ضَمِنَه ؛ لأن تنفير الطائر سبب ملجئٍ لهربه ، فصار كما لو باشر الشخص إتلافه بنفسه . وإذا لم يُنفره بل وقف ثم طار : فإنه لا يضمنه ؛ لأنه وُجد منه سبب غير ملجئٍ للهرب وُجد من الطائر مباشرةً ، وإذا اجتمع السبب غير الملجئ مع المباشرة : سقط حكم السبب ، كما لو حقر بثراً فوقع فيها إنساناً باختياره : فلا ضمان على الحافر ؛ لأن الواقع مباشرٌ والحافر متسببٌ وسببه غير ملجئ . وقيل : يضمنه مطلقاً ؛ لأنه لو لم يفتح القفص لما طار (2) .

أما الحنفية فقد ذهب الإمام وصاحبه أبو يوسف (رحمهما الله) إلى عدم الضمان ؛ إذ قالوا : لو فتح باب القفص فطار الطير منه وضاع : لم يضمن . ووجه قولهما : أن فتح القفص ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً ، أما المباشرة فإن انتفاءها ظاهر ، وأما التسبب فهو أن الطير مختارٌ في الطيران ؛ لأنه حيٌّ وكل حيٍّ له اختيارٌ ، فكان الطيران مضافاً إلى اختياره وفتح القفص سبب محض فلا حكم له .

وقال محمد (رحمه الله) إنه يضمن . ووجه قوله : أن فتح باب القفص وقع إتلافاً للطير بالتسبب ؛ لأن الطير من طبعه الطيران فالظاهر أنه يطير إذا وجد من يُخلصه ، فكان فتح القفص إتلافاً له وتسبباً فوجب في حقه الضمان (3) . وهو قول الشافعية في الجملة .

(1) المغني (ج 5 ص 303 ، 304) وأسهل المدارك (ج 3 ص 67) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 278) والمهذب (ج 1 ص 274) . (3) البدائع (ج 5 ص 166) .

ثانياً : ما لو دل زَقّاً أو نحوه وفيه مائع كالسمن مثلاً فخرج ما فيه ، ففي حكم الضمان تفصيل : فقد ذهب الشافعية والحنابلة والحنفية والمالكية إلى أنه يضمن سواء خرج المائع في الحال ، أو خرج قليلاً قليلاً ، أو خرج منه شيء فاهبل به أسفله فسقط ، أو ثَقُلَ به أحد جانبيه فتمايل حتى سقط وخرج ما فيه . فإنه يضمنه ؛ لأنه كان محفوظاً بالوكاء ⁽¹⁾ فلما حل وكأه خرج ⁽²⁾ .

أما لو فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه : فإنه لا يضمنه عند أكثر العلماء خلافاً للحنابلة ؛ لأن ذهابه لم يكن بفعله بل بفعل الريح وذلك كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم طار ، أو نَقَبَ حرراً فسرق منه غيره ⁽³⁾ .

أما الحنابلة فذهبوا إلى وجوب ضمانه ؛ إذ قالوا : إذا سقط الزُّقُّ بريح أو زلزلة الأرض أو كان جامداً فذاب بشمس : فإنه يضمنه ؛ لأنه تلف بسببه ؛ إذ هو الذي حلَّ الوكاء ⁽⁴⁾ .

ثالثاً : ما لو حلَّ رباط سفينة فذهبت في البحر أو غرقت : لزمه ضمان قيمتها ، سواء كان التلف عقيب فعله أو كان متراجحاً عنه ، وكذا لو حلَّ رباط الدابة ، أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة ، وضلت : فإنه يضمن ؛ لأن التلف بسبب فعله فلزمه ضمانه . وهو قول الحنابلة والحنفية والظاهر من قول للمالكية ⁽⁵⁾ .

أما الشافعية فلمهم في هذا تفصيل ؛ إذ قالوا : إن حلَّ رباط سفينة فغرقت ، فإنه ينظر : فإن غرقت في الحال : فإنه يضمن ؛ لأنها تلفت بفعله ، أما إذا وقعت ثم غرقت ، فإن كان غرقها بسبب حادث كريح هُبَّتْ : لم يضمن ؛ لأنها غرقت بغير فعله ، وإن غرقت من غير سبب حادث ، فثمة وجهان في المذهب :

أحدهما : عدم الضمان ؛ وذلك كالزُّقِّ إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط .

-
- (1) الوكاء : ما يُنشدُّ به رأس القربة . انظر مختار الصحاح (ص 735) .
 (2) المهذب (ج 1 ص 75) والمنهي (ج 5 ص 304) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 150) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 28 ، 29) وكشاف القناع (ج 4 ص 117) والبدائع (ج 3 ص 166) .
 (3) المهذب (ج 1 ص 375) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 3 ص 29) .
 (4) كشاف القناع (ج 4 ص 117) .
 (5) البدائع (ج 5 ص 166) وكشاف القناع (ج 4 ص 117) والمنهي (ج 5 ص 305) وأسهل المدارك (ج 3 ص 67) .

ثانيهما : أنه يضمن ؛ لأن الماء من أسباب التلف (1) .

رابعًا : ما لو أوقد في داره نازًا فطارَتْ منها شرارةٌ إلى دار جاره فأحرقتهَا ، أو سقى أرضه الماء فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها ، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة من غير تفريط : لم يضمن ؛ لأنه غير متعمد ، أما إن كان ذلك بتفريط ؛ إذ فعل لم تجر به العادة بأن أجاج نازًا تشري في العادة إلى غير داره ، أو كان ذلك في ريح شديدة تحملها إلى دار أخرى ، أو فتح ماء كثيرًا يتعدى إلى غير أرضه : فإنه يضمن ؛ لأنه متعمد . وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية (2) .

خامسًا : ما لو ألقى الرميح إلى دار شخص ثوبًا لغيره : فإنه يلزمه حفظه ؛ لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظها مثلما يلزمه حفظ اللقطة ، ووجب في حقه التحريي ليتكلم صاحبه ، فإذا لم يتعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها ، فإذا علم صاحبه ولم يُخبره بالثوب فهو ضامن ؛ لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فصار كالغاصب . ولو سقط في داره طائر : فلا يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه به ؛ لأنه محفوظ بنفسه ؛ إذ يندو ويؤوح ثم يعود أخيرًا إلى صاحبه ، فإن أمسكه صاحب الدار نازيًا أخذَه لنفسه : فهو ضامن ؛ لأنه أخذ مال غيره لنفسه فكان كالغاصب ، أما إذا أمسكه غير نازٍ أخذَه لنفسه : فلا يضمن ؛ لعدم تعديهِ (3) .

(1) المذهب (ج 1 ص 375) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 150) .

(2) المذهب (ج 1 ص 75) والمغني (ج 5 ص 305) وكشاف القناع (ج 4 ص 117) وأسهل المدارك (ج 3 ص 67) .

(3) المذهب (ج 1 ص 375 ، 376) والمغني (ج 5 ص 306) وأسهل المدارك (ج 3 ص 71 ، 74) .

شروط وجوب الضمان في الغصب

يُشترط لوجوب الضمان في الغصب جملة شروط نعرض لها في هذا التفصيل :

الشرط الأول : أن يكون المَغْصُوبُ مَالاً . فليس في غير المال ضماناً إذا أُلْتَفَ .

وعلى هذا لا يجب الضمانُ بِاتِّلاَفِ الميتة والدم وغير ذلك مما ليس بمال كالخمر فإنه لا يُضْمَنُ بالغصب ؛ لأنه ليس بمال ، وإنما يُضْمَنُ بِاتِّلاَفِ (1) .

الشرط الثاني : أن يكون المَغْصُوبُ مَقْضُوماً . فلا يجب الضمانُ بِاتِّلاَفِ ما ليس بمَقْضُومٍ كالخمر والخنزير ، وهو قول عامة العلماء في الجملة ، ولهم في ذلك تفصيل .

قالت الحنفية : لا يجب الضمان بِاتِّلاَفِ الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المَلْغُوفُ مسلماً أو ذمياً ؛ لأن الخمر والخنزير ليسا بمال مقوم في حق المسلم . أما لو أُلْتَفَ مسلمٌ أو ذميٌّ على ذميٍّ خمرًا أو خنزيرًا فإنه يضمن ، غير أن الغاصب إن كان ذميًّا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته ، وإن كان مسلماً فعليه القيمةُ فيهما جميعاً .

ودليلهم في ذلك قول الرسول ﷺ في أهل الكتاب : « لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما على المسلمين » وللمسلم الضمانُ إذا غَصَبَ منه متاعه إذا هلك في يد الغاصب ؛ فيلزم أن يكون للذمي الضمانُ إذا غصب منه خمره أو خنزيره ؛ ليكون لهم ما للمسلمين ؛ عملاً بظاهر الحديث (2) .

أما الشافعية فقالوا : إذا غصب خمرًا فإنه يُنْظَرُ ؛ فإن غصبها من ذميٍّ : لزمه ردُّها عليه ؛ لأنه يُقَرَّرُ على شربها ، وكذا الخنزير . أما لو غصب ذلك من مسلمٍ : فلا يضمن ولا يلزمه ردُّ ذلك على المَغْصُوبِ منه ، وهو الصحيح في المذهب . وثمة وجه آخر عندهم ، وهو لزومُ الردِّ ؛ لأنه ربما يُطْفِئُ بالخمر نازًا أو يَلْبَسُ بها طينًا (3) .

أما الحنابلة فقالوا : إذا غصب من ذميٍّ خمرًا : لزمه ردُّها ؛ لأن الذمي يُقَرَّرُ على شرب الخمر . أما إذا غصبها من مسلمٍ : فلا يلزم ردُّها بل تجب إرأقتها ، وهو قول الشافعية في المعتمد من مذهبه . وفي هذا أخرجه الترمذي عن أبي سعيد قال : كان عندنا خمرٌ لبيتم فلما

(1) المغني (ج 5 ص 302) والمذهب (ج 1 ص 374) .

(2) البدائع (ج 5 ص 147) وتاليج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 358 ، 359) .

(3) المذهب (ج 1 ص 374) ومغني المحتاج (ج 2 ص 285) والأنوار (ج 1 ص 538) .

نزلت المائدة سألت رسول الله ﷺ عنه وقلت : إنه ليثيم ؟ فقال : « أَهْرِيقُوهُ » (١) .
وأخرج الترمذي أيضًا عن أبي طلحة أنه قال : يا نبي الله ، إني اشتريت خمرًا لأيتام
في حميري ؟ قال : « أَهْرِقِ الخمر ، واكْتَسِرِ الدُّنَان » (٢) .

أما إذا أُلِفَ الخمرة للذي أو تلفت عنده : فلا ضمان على متليفها ، وكذا الخنزير ؛
لأن ذلك غير متقوم فلا يضمن كالميتة ، ولأن ما لم يكن مضمونًا في حق المسلم لم
يكن مضمونًا في حق الذي كالمترد . وفي ذلك أنخرج الترمذي عن جابر بن عبد الله
أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح وهو بمكة يقول : « إِنْ أَلَفَ وَرَسُولُهُ حَرَّمَ بَيْعَ الخمر
والميتة والخنزير والأصنام » (٣) .

وعلى هذا فإنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلمًا أو ذميًا لمسلم
أو ذمي ؛ لأن الخمر والخنزير ليسا متقومين (٤) .

ولو غصب كلبًا فيه منفعة - وهو كلب الصيد والحراسة والحِرْث ... : لزمه ردُّه على
صاحبه ؛ لأنه يجوز اقتناؤه والانتفاع به : فلزمه ردُّه وهو أشبه بالمال ، وهو قول الشافعية
والحنابلة . ولو حبسه مدة : لم يلزمه أجر ؛ لأنه لا تجوز إجارته ، وهو قول الحنابلة . أما
الشافعية فلم يوجبوا ذلك وجهان ؛ بناءً على الوجهين في جواز إجارته (٥) .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى تضمين غاصب الكلب ؛ لأنه مالٌ ويجوز بيعه ودليل ماليتته
أنه يُباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق ، وأن الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد
مطلق شرعًا في الأحوال كلها ، فكان محلًّا للبيع . إذا ثبت هذا وجب ردُّه على
صاحبه لو غصب ، ولو أُلِفَ وجب ضمانه (٦) .

ولو أُلِفَ شيئًا مما يحرم استعماله كما لو كسر صليبا أو صنمًا ، أو أُلِفَ آلة من
آلات اللهو كالزمار أو الطنبور أو البزْبُط (٧) ، أو غير ذلك من الملاهي وأدوات اللهو ،
فلذلك موضع تفصيل :

(١) الترمذي (ج ٣ ص ٥٦٣) .

(٢) الترمذي (ج ٣ ص ٥٩١) .

(٣) المغني (ج ٥ ص ٢٩٨ - ٣٠٠) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٧٨) .

(٤) المهذب (ج ١ ص ٣٧٤) والمغني (ج ٥ ص ٣٠٠) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٧٧) والأُنوار (ج ١ ص ٥٣٨) .

(٥) البدائع (ج ٥ ص ١٤٣) .

(٦) البزْبُط : آلة من آلات العزف ، وهو العود .

فقد ذهبت الحنابلة إلى أنه لا ضمان في ذلك ؛ لأن مثل ذلك لا يحل بيعه فلا يضمنه بالإتلاف . وهو قول الصاحبين من الحنفية ⁽¹⁾ .

أما الشافعية فقالوا : لا يجب في إبطال ذلك شيء ؛ لأن منفعة محرمة فلا ينبغي أن تُقابل بشيء . على أن هذه الآلات لا تُكسر الكسر الفاحش ؛ لإمكان إزالة الهيبة المحرمة مع بقاء بعض المالية ، بل إن هذه الآلات تُفصل لتعود كما كانت قبل التأليف لزوال الاسم بذلك ، وذلك الصحيح والمعتمد في المذهب . وقيل : لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما لا يصلح للاستعمال . وقيل : تكسر هذه الأشياء حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها ⁽²⁾ .

أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى وجوب الضمان في إتلاف آلة من آلات الطرب كالعود والمزمار ونحوهما . ووجه قوله : أن هذه أموال ؛ لأنها تصلح لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل ، وهي بذلك كالأمة المغنية . وبعبارة أخرى : فإن هذه الأشياء مثلما تصلح للهو والفساد فإنها تصلح للانتفاع من وجه آخر ، فكانت أموالاً متقومة من ذلك الوجه فيجب ضمانها بإتلافها . وكذلك الصليب لو أُلغى على نصراني فإنه يضمن قيمته صليبا ؛ لأنه مُقَرَّر على ذلك ، وكذلك لو أُحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة : ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل ؛ لأنه لا قيمة لنقش التماثيل ؛ فإن نقشها محظور ⁽³⁾ .

الشرط الثالث : أن يكون المثلّف من أهل وجوب الضمان عليه . فلو أُلغى بهيمة مال إنسان : فلا ضمان على مالكها ؛ لأن فعل العجماء مجتاز فكان هذرا ، ولا إتلاف من مالِكها فلا يجب الضمان عليه . وهو قول الحنفية ⁽⁴⁾ .

أما الشافعية فقد اعتبروا لوجوب الضمان نوع الدابة من حيث قابليتها للأذى ، إذ قالوا : لو أرسل الدابة المؤذية في الطريق فأُتلفت شيئا : ضمن ، وإذا لم تكن مؤذية : لم يضمن ⁽⁵⁾ .

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الضمان يكون تبعا لوضع اليد . وعلى هذا لو أكلت

(1) المغني (ج 5 ص 301) والبدائع (ج 7 ص 168) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 285) والألوار (ج 1 ص 538) والمهذب (ج 1 ص 374) .

(3) البدائع (ج 7 ص 168) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 367 ، 368) .

(4) البدائع (ج 7 ص 168) . (5) الألوار (ج 1 ص 534) .

بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها ؛ لكونه معها ؛ فإنه يضمن ، وإن لم يكن معها ؛ لم يضمن ما أكلته . ولو استعار من رجل بهيمته فأتلقت شيئا وهي في يد المستعير ؛ فضمائه على المستعير سواء أتلقت شيئا لمالكها أو لغيره ؛ لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير . ولو كانت البهيمة في يد الراعي فأتلقت زرعاً ؛ فالضمان على الراعي دون صاحبها (١) .

الشرط الرابع : أن يكون التليف مملوكاً ، فلا يجب الضمان بإتلاف المباحات التي لا يملكها أحد ، وهو قول الحنفية . وفي ذلك نظر ، فإن كون الشيء مملوكاً في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان ؛ فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً (٢) .

* * *

(١) المفني (ج ٥ ص ٣٠٦) .

(٢) البدائع (ج ٧ ص ١٦٨) .

الشركات

الشركات : جمع ، ومفرده : الشركة . وهي - في اللغة - : مخالطة الشريكين⁽¹⁾ .

وهي : في الشرع - تعني : الاجتماع في استحقاق أو تصرف⁽²⁾ .

وجاء في تعريفها بأنها : عقد بين مالكين أو أكثر على الإتجار في مالٍ معاً ، أو على عمل والربح بينهما ، بما يدل على الإذن والرضا من جانبيين فيما جرى به العرف⁽³⁾ . وقيل : هي ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على وجه الشروع . والمراد بخصوص الأموال غالباً⁽⁴⁾ . ويمكن تعريفها في ضوء ما سبق بأنها : ثبوت الحق في مالٍ لاثنتين أو أكثر بقصد الاستغلال والربح .

مشروعية الشركات

ثبتت شرعية الشركة بكل من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَهَمَّ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾⁽⁵⁾ وقوله عز من قائل : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَشُبَّ بِمَعْصِيَتِهِمْ عَلَىٰ بَعْضِ الْأُمْنَانِ وَاعْمَلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَلِيلٌ مَّا هُمْ ﴾⁽⁶⁾ والخلطاء هم : الشركاء .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه أبو داود عن أبي هريرة ، رفعه ، قال : « إن الله يقول : أنا ثالث الشريكين ما لم يَحْنُ أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما »⁽⁷⁾ .

وأخرج النسائي عن جابر أن النبي ﷺ قال : « أبكم كانت له أرض أو نخل فلا يقيها حتى يقرضها على شريكه »⁽⁸⁾ .

وأخرج النسائي عن أبي المنهال قال : باع شريك لي ورقاً بنسيئة فجاءني فأخبرني . فقلت : هذا لا يصلح . فقال : قد والله يفتنه في السوق وما عابه عليّ أحد فأتيت البراء ابن عازب فسأله فقال : قديم علينا النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع ، فقال : « ما كان يدا بيد فلا بأس ، وما كان نسيئة فهو ربا »⁽⁹⁾ .

(2) المغني (ج 5 ص 3) .

(4) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 332) .

(6) سورة النساء الآية (12) .

(8) النسائي (ج 7 ص 320) .

(1) لسان العرب (ج 10 ص 448) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 356) .

(5) سورة النساء الآية (12) .

(7) أبو داود (ج 3 ص 256) .

(9) النسائي (ج 7 ص 320) .

وأخرج الدارقطني عن أبي حيان التيمي عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « يدُ الله على الشريكين ما لم يُخسُ أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » ⁽¹⁾ .
وأخرج ابن ماجه عن السائب قال للنبي ﷺ : « كنت شريكى في الجاهلية فكنت خيرا شريك ، كنت لا تداريني ولا تماريني » ⁽²⁾ والعمل من النبي ﷺ يُعتبر إقرارا ، وهو وجه من وجوه السنة .
وأخرج النسائي عن أبي المنهال قال : سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم . فقالا : كنا تاجرَيْن على عهد رسول الله ﷺ فسألنا نبي الله ﷺ عن الصرف فقال : « إن كان يدا بيد فلا بأس ، وإن كان نسيئة فلا يصلح » ⁽³⁾ .

أما الإجماع ، فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة على وجه العموم ، لكنهم مع إجماعهم على شرعيتها في الجملة اختلفوا في أنواع منها من حيث الجواز وعدمه ، وهو ما سنبينه بعد قليل .

والشركة من حيث عمومها ضربان :

الضرب الأول : شركة الأملاك . وهي قسمان :

الأول : ما يثبت بفعل الشريكين كما لو اشتريا متا شيئا ، فهما شريكان فيه .

الثاني : ما يثبت بغير فعلهما كالميراث ، فالورث مشترك بينهما ⁽⁴⁾ .

الضرب الثاني : شركة العقود ، وهي عقد بين اثنين أو أكثر على التصرف في المال بقصد النماء والربح .

وهذا الضرب هو ما نخصص له بالبيان والتفصيل فنقول :

إن هذه الشركة على خمسة أنواع هي :

شركة الأبدان ، وشركة العنان ، وشركة الوجوه ، وشركة المفاوضة ، وشركة المضاربة .

على أن هذه الأنواع من حيث اعتبارها وعدمه موضع خلاف بين العلماء ، فقد ذهب بعضهم إلى إثبات هذه الأنواع جميعا ، وأنكر آخرون بعضها ، وهو ما نعرض في هذا التفصيل :

(1) الدارقطني (ج 3 ص 35) .

(2) ابن ماجه (ج 2 ص 768) .

(3) النسائي (ج 7 ص 280) .

(4) البدائع (ج 6 ص 56) والمغني (ج 3 ص 3) وأسهل المدارك (ج 2 ص 356) .

النوع الأول : شركة الأبدان .

وتسمى أيضًا شركة الأعمال ، وهي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع أو التجارين أو الحذادين أو الخياطين أو غيرهم من أصحاب الصنائع أو الأعمال ، فيقولوا : اشتركنا على أن نعمل في ذلك على أن ما رزق الله عز وجل من أجر فهو بيننا على شرط كذا وكذا ، وكذلك لو اشترك الصيادون أو النقالون أو الحمالون أو غيرهم بأبدانهم وليس لهم مال على أن يقتسموا ثمرة ما يَحْصُلُون عليه وفقًا لما اتفقوا عليه .

وقد ذهب إلى جواز هذا النوع من الشركات الحنفية والمالكية والحنابلة ⁽¹⁾ واستدلوا على ذلك بما أخرجه أبو داود عن عبد الله قال : « اشتركتُ أنا وعمارٌ وسعدٌ فيما نُصِيبُ يوم بدر ، فجاء سعدٌ بأسيرين ولم أجئُ أنا وعمارٌ بشيء » ⁽²⁾ ومثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ وإقراره (عليه السلام) ضربٌ من ضروب الشئة .

ومع ذلك فقد اشترطت المالكية لجواز شركة الأبدان أن تتَّجِدَ الصنعة والمكان ، فلا يجوز أن تكون بمال من جانب وبدني (عمل) من جانب آخر . قال صاحب المدونة في هذا الشأن : لا تجوز الشركة إلا بالأموال ، أو على عمل الأبدان إذا كانت الصنعة واحدة ⁽³⁾ .

أما الشافعية فلم يُجيزوا شركة الأبدان وقالوا : إنها باطلة ؛ وذلك لما أخرجه البزار والطبراني في الكبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « كلُّ شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطلٌ وإن كان مائةَ شرطٍ » ⁽⁴⁾ . فقد استدلوا من الحديث على أن اشتراط الاثنين الاشتراك فيما يكتسبان ليس في كتاب الله فوجب أن يكون باطلاً . وقالوا أيضًا : إن عمل كل واحدٍ من الشريكين يُعتبر ملكًا لنفسه ، وهو يختص به وليس للآخر أن يشاركه في بدل عمله وهي الأجرة . وعلى هذا إن عملاً وكسبًا أخذ كل واحدٍ منهما أجرة عمله ؛ لأنها بدله فاختص بها ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 57) وأسهل المدارك (ج 2 ص 358) والمغني (ج 5 ص 5) وبداية المجتهد

(ج 2 ص 226) . (2) أبو داود (ج 3 ص 257) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 358) .

(4) رواه ابن ماجه (842/2) رقم (2521) ورواه البخاري (222/5) رقم (2561) وفيه « من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فليس له » ورواه مسلم (1143/2) رقم (1504) وفيه « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ وإن كان مائةَ شرطٍ » وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 281) .

(5) المهذب (ج 1 ص 346) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 333) .

والذي عليه جمهور الحنفية ومن وافقهم هو الراجح عندي ؛ استنادًا إلى حديث أبي داود ، بالإضافة إلى جريان مثل هذا التصرف في زمن النبوة والصحابة الأبرار من غير نكير .

وعلى هذا فإن الربح في شركة الأبدان بحسب ما اتفق عليه الشركاء من مساواة أو تفاضل ؛ لأن الربح يُشتق بسبب العمل ويمكن أن يتفاضل العمل المبذول من الشركاء ، ومن أجل ذلك يتفاضل الشركاء في الربح الحاصل بسبب العمل . وذلك الذي عليه الجمهور في الجملة خلافًا للشافعية كما بينا . إلا أن المالكية - كما ذكرنا سابقًا - اشترطوا لصحة ذلك أن تتحد الصنعة ، وذلك بأن تكون الشركة بين حدادين أو نجارين أو خياطين أو نساجين ، فلا تصح الشركة بين حدادٍ و نجار ولا بين صائغٍ ونساج⁽¹⁾ .

ولو عمل أحد الشريكين دون صاحبه كان الكسب مشتركًا بينهما . وقد مثل الإمام أحمد في ذلك عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بأي شيء ، فقال : نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود . يعني حيث اشتركوا فجماء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ، فكانوا جميعًا شركاء في الأسيرين .

ومن جهة أخرى : فإن العمل مضمونٌ على الشريكين معًا وبضمانهما تجب لهما الأجرة عن العمل ، وبعبارة أخرى . فإن الكسب لهما مثلما كان الضمان عليهما . وبذلك يكون العامل عونًا لصاحبه في حصته ، وهو الذي عليه الحنابلة والمالكية ، وهو قول الحنفية استحسانًا . ووجهه : أن كلاً من الشريكين لا يأخذ ربحًا وإنما قيل : له ربح ، على سبيل المجاز ، وإنما يأخذ بدل عمله والعمل يُتقدَّر بالتقدير ، أي بحسب التراضي ، فما قدر لكل منهما هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدلَ عمله فيجوز خصوصًا إذا كان أحدهما أخذًا وأهدى من الآخر⁽²⁾ .

ولو اشترك رجلان في عملي وكان لكل واحد منهما دابةٌ على أن يؤجرا دابتيهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما : صحت الشركة والأجرة بينهما على ما شرطاه ؛ لأن تقبُّلَهما حملَ الشيء أثبتَّ الضمانَ في ذمتهما بالحمل ولهما أن يحملوا الشيء بأيّ ظهير كان (من غير تعيين) والشركة تنعقد على الضمان . أما إن أُجرا دابتيهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة : لم تصح الشركة ، ولكل واحد منهما أجرُ دابته ؛ لأنه

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 358) والمغني (ج 5 ص 7) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 186) .

(2) المغني (ج 5 ص 8) وأسهل المدارك (ج 2 ص 358) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 187 ، 188) .

لم يثبت بذلك ضمان الحمل في ذمتيهما بل إن المشتري قد استحق منفعة البهيمة التي استأجرها (1) .

ولو دَفَعَ رجلٌ دابته لآخر ليعمل عليها ، على أن يقتسما بينهما ما يتحصل منها نصيبين أو ثلاثاً أو كيفما اتفقا عليه : جاز وهو قول الحنابلة ، ويُقِلُّ عن الأوزاعي مثل ذلك .

واحتجوا لذلك بالمعقول فقالوا : إن الدابة بمثابة عين تنمى بالعمل عليها ، فصح العقد عليها ببعض غنائها كالدراهم والدنانير . ويشبه ذلك الشجر في المساقاة والأرض في المزارعة (2) .

أما الشافعية فلهم في ذلك قولان :

أحدهما : يجوز فيكون الكسب بين صاحب الدابة والعامل ، وذلك كما لو وكله في شراء ثوب بينهما فاشتراه على أن يكون بينهما .

ثانيهما : لا يجوز ؛ لأن الكسب إنما يكون لصاحب الدابة وللعامل أجره المثل (3) .

أما الحنفية فقالوا : كلُّ الأجر لصاحب الدابة ؛ لأنه هو العاقد ، وللعامل أجره مثله (4) .

وفي الجملة : فإن شركة الأبدان جائزة عند الحنفية والحنابلة والمالكية لما بيناه من دليل ، واشترطت المالكية اتحاد الصنعة والمكان لصحة الشركة ، أما الشافعية فقالوا بعدم جواز هذا النوع من الشركات ؛ لأن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ؛ لأن ذلك غير متضبط فهو عندهم غررٌ ؛ إذ إن عمل كل واحد منهما مجهولٌ عند صاحبه .

النوع الثاني : شركة العنان

اختلف العلماء وأهل اللغة في سبب تسمية هذه الشركة بهذا الاسم ، فقيل : العنان مأخوذٌ من عنان الدابة ، وهو سنير اللجام الذي يُمسك به ؛ لأن الشريكين سواء في الشركة مثلما تتساوى طاقتا العنان في الدابة ومثلما يتساوى الفارسان في السير . وقيل : من التمرُّ بالتشديد ، وهو الاعتراض والظهور . نقول غرر الشيء غرّاً وغروراً إذا ظهر واعترض ، وسُمِّيَتْ الشركة بذلك ؛ لأن كل واحد من الشريكين غرر له أن يشاركه

(1) المغني (ج 5 ص 8 ، 9) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 193) .

(2) المغني (ج 5 ص 9 ، 10) . (3) المهذب (ج 1 ص 347) .

(4) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 193) .

صاحبه . وقيل : من المعانة وهي المعارضة ؛ لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله . وقيل غير ذلك ⁽¹⁾ .

ويمكن تعريف شركة العنان في الشرع بأنها : اشتراك شخصين في مالهما على أن يعملأا فيهما بأبدانهما والرأبأ بينهما . وهذا النوع من الشركات جائز بالإجماع ، وقد ذكر الإجماع ابن المنذر ⁽²⁾ .

على أن شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة . ووجه ذلك أن كل واحد من الشريكين بذقعه المال إلى صاحبه قد أمأته ، وبأذنه له في التصرف قد وكله ، وعلى هذا فكل واحد من الشريكين وكيل وموكل معا ، وهو كذلك أمين ⁽³⁾ .

شروط صحة شركة العنان

يشترط في شركة العنان - لتكون صحيحة - جملة شروط ، وهي على الخلاف بين العلماء على ما نعرض له في هذا التفصيل :

الشرط الأول : أن يكون رأس المال من الأمان المطلقة ، وهي التي لا تتعين بالتعيين ، وهي الدراهم والدنانير . فإنه لا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال من الدراهم والدنانير فإنها قيم الأموال وعلى أساسها تتضمن البياعات ، والناس يشتركون في التقدين من زمن رسول الله ﷺ حتى اليوم من غير تكبير . أما الغروض ⁽⁴⁾ فلا تصح الشركة فيها . وهو الذي عليه أكثر أهل العلم ، فيهم الحنفية والحنابلة ، والشافعية في قول لهم ، وهو قول ابن المنذر وإسحق وأبي ثور ⁽⁵⁾ .

واحتجوا لذلك بالمعقول فقالوا : الوكالة من لوازم الشركة ، والوكالة التي تنبني عليها الشركة لا تصح في الغروض وتصح في الدراهم والدنانير . فلو قال شخص لغيره : بآ

(1) القاموس المحيط (ج 4 ص 251) ومختار الصحاح (ص 458) والمغني (ج 5 ص 16) والنظم المستعذب لابن بطال الركني بأسفل المذهب (ج 1 ص 345) .

(2) المغني (ج 5 ص 16) وحاشيتا قليوبي وعميرة (ج 2 ص 311) وشرح فتح القدير ومعه العناية (ج 6 ص 176) .

(3) المغني (ج 5 ص 21) وشرح فتح القدير ومعه العناية (ج 6 ص 176) .

(4) الغروض : جمع ، ومفرده : الغرض . يسكون الرأ - وقيل بتحريكها أيضا . وهو كل متاع سوى التقدين وهما الدراهم والدنانير . انظر القاموس المحيط (ج 3 ص 346) ومختار الصحاح (ص 424) .

(5) المغني (ج 5 ص 16 ، 17) والبدائع (ج 6 ص 59) والمذهب (ج 1 ص 345) .

عَرَضَكَ على أن يكون ثمنه بيننا : لا يجوز ذلك ، فإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة نفسها ، أما لو قال له : اشترى بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا : جاز .

ومن جهة أخرى : فإن الشركة في العروض تؤدي إلى الجهالة في الربح عند القسمة ؛ لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة ؛ لأنها إنما تعرف بالخز والطن ، فيصير الربح بذلك مجهولاً مما يؤدي إلى المنازعة عند القسمة . وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير ؛ لأن رأس المال فيها يكون من عينها فلا يؤدي ذلك إلى الجهالة في الربح .

ومن جهة أخرى : فإن الشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يُضمّن ؛ لأن العروض غير مضمونة بالهلاك ؛ لأنها تتعين بالتعيين فيبطل البيع إذا لم تكن مضمونة ، فالشركة فيها تؤدي إلى ربح ما لم يضمّن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمّن وذلك بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك ؛ لأنها لا تتعين بالتعيين ، فالشركة منها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمّن ، بل تؤدي إلى ربح ما ضمّن ⁽¹⁾ .

ومن توجيه الحنابلة للمسألة : أن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها .

أما الأعيان فلا تجوز أن تقع الشركة عليها ؛ لأنها (الشركة) تقتضي الرجوع عند المفاضلة ، برأس المال أو بمثله ، وأعيان العروض لا مثل لها فيرجع إليه . وأما قيمة العروض فلا يجوز كذلك أن تقع الشركة عليها ؛ لأن القيمة غير متحقق قدرها ، وذلك يفضي بالتالي إلى التنازع .

ولا يجوز أيضاً أن تقع الشركة على أثمان العروض ؛ لأن الأثمان في حال العقد معدومة وغير مملوكة للشريكين ، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار البائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنه تصير شركة معلقة على شرط ، وهو بيع الأعيان ، وذلك غير جائز ⁽²⁾ .

أما المالكية فذهبوا إلى جواز الشركة بالنقد والعروض على السواء ويُجزل رأس المال على القيمة . وقالوا : شركة العنان أن يجعل كل واحد من الشريكين مالاً ثم يخلطاه أو يخلطاه في صندوق واحد ويُجزأ به معاً ، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر ⁽³⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 59) .

(2) المغني (ج 7 ص 17) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 356) وبداية المجتهد (ج 2 ص 224) .

وأما الشافعية فقالوا : الفُرُوض ضربان :

أحدهما : ضرب لا يمثّل له . وذلك كالحيوان والثياب ، فلا يجوز عقد الشركة عليه ؛ لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر .

ثانيهما : ضرب له مثل . وذلك كالحيوب والأدهان ، فثمة وجهان في ذلك : الوجه الأول : لا يجوز عقد الشركة عليه ؛ لأنه من غير الأثمان ، فلم يُجْزَ عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان .

الوجه الثاني : يجوز عقد الشركة عليه ؛ لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان ^(١) .

الشرط الثاني : أن يكون رأس مال الشركة عَيْنًا حاضِرًا لا دَيْنًا ولا مَالًا غَائِبًا . فإن كان دَيْنًا أو كان غَائِبًا فلا تجوز شركة العنان ؛ لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك يتم عن طريق التصرف في المال في الحال ، ولا يمكن هذا التصرف في الدين أو المال الغائب ؛ لعدم حصول المقصود . وهو قول الحنفية والحنابلة ^(٢) .

الشرط الثالث : أن يكون رأس مال الشركة معلومًا . فلا تجوز على المال المجهول أو الجُزْأف ، ووجه ذلك : أنه لا بد من الرجوع برأس المال عند المفاضلة ، ولا يمكن ذلك مع الجهالة والجُزْأف . ومن جهة أخرى : فإن الجهالة بقدر رأس المال تؤدي إلى الجهالة في الربح ، والعلم بمقدار الربح شرط لصحة الشركة ، وعلى هذا فإن العلم برأس المال شرط لجواز الشركة . وذلك الذي عليه الحنفية والشافعية في الظاهر من مذهبهم ^(٣) .

أما الحنفية فلم يشترطوا ذلك بل قالوا : إن العلم بمقدار رأس المال وقت العقد ليس شرطًا لجواز الشركة بالأموال ، ووجه قولهم : أن الجهالة في رأس المال لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة ، وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي إلى المنازعة ؛ لأن مقداره يُتَعلَمُ ظاهرًا وغائبًا ؛ لأن مال الشركة -- وهو الدراهم والدنانير -- يُوزن وقت الشراء فيُتَعلَمُ مقداره فلا يؤدي إلى الجهالة في مقدار الربح وقت القسمة ^(٤) .

الشرط الرابع : اتفاق المألّفين في الجنس . وهو قول الشافعية ؛ إذ اشترطوا اتحاد المألّين

(١) المذهب (ج ١ ص 345) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج ٢ ص 334 ، 335) .

(٢) المغني (ج ٥ ص 19) والبدائع (ج ٦ ص 60) .

(٣) المغني (ج ٥ ص 19) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج ٢ ص 335) .

(٤) البدائع (ج ٦ ص 63) .

في الجنس لصحة الشركة ، فلا تصحح إلا أن يكون مالٌ أحد الشريكين من جنس مال الآخر وعلى صفته . أما إن كان مالٌ أحدهما دنائزٌ والآخر دراهم ، أو كان مالٌ أحدهما صحاحاً ومالٌ الآخر مكسرةً ، أو كانت دراهمٌ أحدهما بيضاءً والآخر سوداءً : لم تصح الشركة ، وذلك بناءً على أن خلطَ المالين شرطٌ لصحة الشركة ، ولا يتحقق الخلطُ إلا في المال الواحد والصفة الواحدة ، وهو قول زفر من الحنفية ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يُشترط لصحة الشركة اتفاقُ المالين في الجنس . ووجه ذلك : أن الشركة تشتمل على الوكالة ، فما جاز التوكيلُ به جازت الشركةُ فيه ، والتوكيل في المالين جائزٌ قبل الخلط ، فتَجُوزُ الشركةُ في المالين المختلفين . وعلى هذا فإنه يجوز أن يُخرجَ أحدُ الشريكين دراهمٌ والآخرُ دنائزٌ . وهو قول الحسن وابن سيرين ⁽²⁾ .

ويتصل بذلك من حيث المدلولُ أن يُشترط اختلاطُ المالين . وهو قول الشافعية والمالكية ؛ لأنه قبل الاختلاط لا وجودٌ للشركة بينهما في مال ، وبذلك يجب عندهم اختلاطُ المالين بحيث لا يتميزان ويكون ذلك قبل العقد ، فإن وَقَعَ بعد العقد أو معه فثمة وجهان ، أصبحهما : عدمُ الجواز . وهو المعتمد في المذهب ⁽³⁾ ، وهو قول زفر من الحنفية .

وذهبت الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط الاختلاط بين المالين ؛ وذلك لأن الشركة عقدٌ يُقصدُ به الربحُ فلا يُشترط فيه الاختلاطُ ، ومن جهة ثانية : فإنها (الشركة) مشتملةٌ على الوكالة وهي لا يُشترط فيها اختلاطُ المالين ، أما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأمان مطلقة ، وكذلك العدييات المتقاربة التي تتفاوت كالبعض : فلا تجوز المشاركة فيها قبل الخلط . وهو قول الحنفية ⁽⁴⁾ .

الشرط الخامس : الإذن بالتصرف في نصيب الشريك . فإن يُشترط لصحة الشركة أن يأذن كلُّ واحدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في نصيب شريكه ، فإن أذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف : تصرفاً ، وإن أذِنَ أحدهما ولم يأذن الآخر : تصرفٌ المأذونُ له في الجميع ، ولا يتصرف الآخر ، إلا في نصيبه .

(1) للمذهب (ج 1 ص 345) والبدائع (ج 6 ص 60) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 334) .

(2) البدائع (ج 6 ص 60) والمغني (ج 5 ص 19) .

(3) للمذهب (ج 1 ص 345) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 334) وأسهل للمبارك (ج 2 ص 356)

وبلغة السالك (ج 2 ص 166) .

(4) البدائع (ج 6 ص 60) والمغني (ج 5 ص 20) .

ولو أذن أحدهما لصاحبه بالتصرف مطلقاً في جميع التجارات : كان له التصرف فيها بإطلاق ، أما إن عيّن له جنساً أو نوعاً أو بلدًا يُتَجَرّ فيه : فعليه التقيّد بما أذن له فيه دون غيره ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما في نصيب صاحبه كالوكيل فلا يملك إلا ما يملكه الوكيل ، وهو ما ذهبت إليه الشافعية والمالكية والحنابلة ⁽¹⁾ .

الشرط السادس : تساوي المالين في القدر ، وذلك لتساوي الشريكين في العمل . وقد ذهب إلى ذلك بعضُ الشافعية وهو قول مرجوح في مذهبهم ⁽²⁾ .

وذهب أكثر أهل العلم إلى عدم اشتراط التساوي في قدر المالين . وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، والشافعية في المعتمد من مذهبهم ؛ وذلك لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين مثلما يحصل مع تساويهما ⁽³⁾ .

النوع الثالث : شركة الوجوه .

سمّيت شركة الوجوه بهذا الاسم ؛ لأن الشريكين يشتركان فيما يشتركان بهما ، والجاه والوجه واحد . يقال : فلانٌ وجيةٌ إذا كان ذا جاه ؛ قال تعالى عن سيدنا موسى (عليه السلام) : ﴿ وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجْهًا ﴾ ⁽⁴⁾ .

فشركة الوجوه في المفهوم الاصطلاحي هي : أن يشترك شخصان فيما يشتركان بوجوههما وجاههما والربح بينهما من غير أن يكون لهما مالٌ . أي أن الشريكين يتفقان فيما بينهما على الاتّباع نسبيةً . وليس لهما مالٌ لكن لهما وجاهة عند الناس والتجار ، فيقولان مثلاً : اشتركتنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا نصفين أو أثلثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك .

وهذا النوع من الشركات جائز عند الحنفية والحنابلة في الجملة ⁽⁵⁾ .

إلا أن الحنفية اشترطوا لصحة شركة الوجوه أن تتساوى الأرباح فيما بين الشريكين فلا

(1) المهذب (ج 1 ص 346) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 333 ، 334) والمغني (ج 5 ص 21) وأسهل المدارك (ج 2 ص 357) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 171) .

(2) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 335) .

(3) المهذب (ج 1 ص 346) والمغني (ج 5 ص 20) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 335) وبلغة

المجتهد (ج 2 ص 224) . (4) سورة الأحزاب الآية (69) .

(5) المغني (ج 5 ص 14 ، 15) والبدائع (ج 6 ص 57) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 189) .

يجوز التفاضل فيها ، فإن شرط لأحدهما الفضل في الربح : بطل للشرط ، بل إن الربح بينهما على قدر ضمانهما كما لو شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً : فالربح كذلك ؛ وهذا لأن الربح لا يُستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان . وجملة القول : أن استحقاق الربح في شركة الوجوه إنما يكون بالضمان ، والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربحاً ما لم يُضْمَنَ ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة ⁽¹⁾ .

وذهبت الشافعية والمالكية إلى أن شركة الوجوه باطلة ؛ لأن ما يشتره كل واحد منهما ملك له أن ينفرد به فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه ⁽²⁾ ، وقيل أيضاً : إن الشركة إنما تتفاضل على المال أو على العمل وكلاهما في هذه الشركة معدوم فضلاً عما يُخالط هذه الشركة من غَرَر ⁽³⁾ .

واستدل المجيزون لشركة الوجوه بأن الشريكين اشتركا في الاتباع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه ، فصح وكان ما يتبايعان بينهما ⁽⁴⁾ .

النوع الرابع : شركة المفاوضة .

المفاوضة - في اللغة - تعني : المساواة . وقومٌ فَوْضَى : أي متساوون لا رئيس لهم ، أو متفرون ، أو مختلطٌ بعضهم ببعض . وأمرهم فوضى : إذا كانوا مختلطين يتصرف كل منهم فيما للآخر . وتفاوض الشريكان في المال : أي اشتركا فيه . والمفاوضة : الاشتراك في كل شيء كالتفاوض والمساواة والمجاراة في الأمر ⁽⁵⁾ .

وسُمِّي هذا النوع من الشركة مفاوضة ؛ لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك . وقيل : هي من التفويض ، لأن كل واحد منهما يفوض إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وعلى كل حال ⁽⁶⁾ .

وصورة ذلك أن يشترك شخصان فيساويا في مالهما وتصرفهما وتديبهما ، ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتره ، كما أنه وكيل عنه ؛ لأن هذه

(1) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية وحاشية المحقق سعدني (ج 6 ص 190) .

(2) المهذب (ج 1 ص 346) وحاشية القليوبي وعميرة (ج 2 ص 333) .

(3) بداية المجتهد (ج 2 ص 226) ، (4) المغني (ج 5 ص 15) .

(5) مختار الصحاح (ص 514 ، 515) والقاموس المحيط (ج 2 ص 353) .

(6) بداية المجتهد (ج 2 ص 225) والبدائع (ج 6 ص 58) .

الشركة عامة يفوض كلٌّ منهما إلى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات ؛ لأنّ
المفاوضة تعني المساواة فلزم بذلك مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه ⁽¹⁾ .

على أن شركة المفاوضة بهذا المعنى لا تجوز من حيث القياس . ووجه ذلك : أن هذه
الشركة تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس ، وكذلك تتضمن الكفالة بمجهول ،
وكلٌّ بانفراده فاسدٌ . فلو قال شخص لآخر : وكُلتك بشراء ثوب : لم يجز حتى يبين
نوعه وصفته ، وكذلك الكفالة بالمجهول لا تجوز ؛ لأن هذه الشركة جائزة استحساناً ،
ووجه ذلك أمران :

أحدهما : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « فَاوْضُوا ؛ فإنه أعظم للبركة » أي أن
عقد المفاوضة أعظم للبركة . وكذلك قوله ﷺ : « إذا فاورضتم فأحسنوا المفاوضة » ⁽²⁾ .

واستدلوا بما أخرجه ابن ماجه عن صالح بن صهيب عن أبيه قال : قال رسول الله
ﷺ : « ثلاثٌ فيهن البركة : البيعُ إلى أجل ، والمقارضة ، وأخلأُ الثبرَ بالشعير للبيت لا
للبيع » ⁽³⁾ قالوا : وفي بعض نسخ ابن ماجه : المفاوضة بدل المقارضة .

ثانيهما : أن الناس تعاملوا بالمفاوضة من غير تكبر ، وبه يُترك القياس ؛ وذلك لأن
التعامل كالإجماع ⁽⁴⁾ .

ذلك الذي عليه الحنفية في جواز شركة المفاوضة . وهي كذلك جائزة عند المالكية ؛
إذ قالوا : شركة المفاوضة اشتراكٌ اثنين فأكثر في الإتجار بمالين على أن يكون لكل منهما
نصيبٌ في الربح بقدر رأس ماله بدون تفاوت ، وأن يُطلق كلٌّ من الشركاء حرية
التصرف للآخر في البيع والشراء والكرء والاكتراء ، وأن يشتري ويبيع في غيبته وحضوره
سواءً اتفقا على أن يشتجرا في نوع واحد كالقمح أو الشعير أو في جميع الأنواع .

وقال بعض الأئمة في المذهب المالكي : إذا كانت الشركة في نوع واحد فهي شركة
عتان ، لا مفاوضة ؛ لأن شركة المفاوضة يجب أن تكون عامةً في كل الأنواع ⁽⁵⁾ .

(1) شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 156) .

(2) هذا الخبر لم يعرفه أصحاب السنن ، فضلاً عن أن هذا الخبر لا يراد به هذا النوع من الشركة .

(3) ابن ماجه (ج 2 ص 768) .

(4) شرح فتح القدير ومعه العناية (ج 6 ص 157 ، 158) .

(5) أسهل المدارك (ج 2 ص 357) وبداية المجتهد (ج 2 ص 225) .

وثمة قول في المذهب وهو : أنه إذا فُوض الشريك لصاحبه التصرف من غير أن يقيده بنوع ، شُمِيت الشركة مفاوضة عامة ، وإذا خُصِّصَت بنوع ، شُمِيت مفاوضة خاصة ، أي خاصة بالنوع الذي أُطلق التصرف فيه (1) .

أما الشافعية والحنابلة فقالوا : شركة المفاوضة باطلة ؛ لأن هذا العقد لم يردَّ بمثله الشرع ، وما لم يرد الشرع بمثله لا يصح . وفي ذلك روي عن النبي ﷺ أنه قال : « كُلُّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ » ومثل هذه الشركة ليس في كتاب الله فهي باطلة .

واستدلوا كذلك على البطلان بما في هذه الشركة من غرر ، وبيان الغرر في المفاوضة أنه يلزم كُلَّ واحدٍ من الشريكين ما يلزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به . وقالوا أيضًا : إن شركة المفاوضة معقودة على أن يشارك كُلُّ واحدٍ منهما صاحبه فيما يختص بسببه : فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالارث والهبة . ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كُلُّ واحدٍ منهما ما يجب على الآخر بعدوانه : فلا تصح ، وذلك كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كُلُّ واحدٍ منهما ما يجب على الآخر بالجنابة (2) .

التبريج

الراجع عندي جواز المفاوضة ؛ لأنها مبنية على أمرين جائزين وهما : الوكالة ، والكفالة . فإن كُلَّ واحدةٍ منهما بمفردها جائزة ، فكذلك اجتماعهما معًا في شركة واحدة . ومن جهة أخرى فإن شركة المفاوضة طريقٌ لاستئناء المال وتتميره أو تحصيله والناس محتاجون إلى ذلك ، فهي جائزة .

شروط صحة المفاوضة

ثمة شروط لشركة المفاوضة كيما تكون صحيحة ، نعرض لها في هذا التفصيل مع بيان لما بين الحنفية والمالكية - الذين أجازوها - من تفاوت في هذه الشروط :

الشرط الأول : أن يكون الربح معلوم القدر . فإن كان مجهولاً فسدت الشركة ؛ لأن الربح هو المقصود وهو المعقود عليه ، وجهالته تُوجبُ فسادَ العقد .

الشرط الثاني : أن يكون الربح جزءًا شائئًا لا معينًا فلو عيَّن الربح بعشرة أو مائة دينار ،

(1) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 168) .

(2) المغني (ج 5 ص 30) والمذهب (ج 2 ص 346) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 333) .

أو نحو ذلك : فسدت الشركة ؛ لأن التعيين يقطع الشركة ؛ لجواز أن لا يتحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما ، فلا تتحقق الشركة في الربح .

الشرط الثالث : أن يكون رأس مال الشركة عتيقاً حاضراً وليس ذتيقاً ولا مალأ غائباً ؛ لأن المقصود من الشركة الربح ؛ وذلك يحصل بواسطة التصرف ، ولا يمكن حصول التصرف في الدين ولا في المال الغائب ، فلا يحصل المقصود وهو الربح . ويشترط الحضور عند الشراء وليس عند العقد ؛ لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده .

الشرط الرابع : أن يكون لكل من الشريكين أهلية الوكالة والكفالة بأن يكون كل واحد منهما محراً عاقلاً ؛ وذلك لأن الوكالة لازمة في الشركة ، وهي أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحب في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال ؛ لأن كل واحد منهما إذن لصاحبه بالشراء والبيع ، وتقبل الأعمال يُعتبر مقتضى عقد الشركة . والوكيل هو المتصرف عن إذن صاحبه فيشترط فيه أهلية الوكالة .

وكذلك الكفالة فإنها لازمة وهي من مقتضيات المفاوضة ؛ لأن كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر ، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه فلا بد من أهلية الكفالة . وسنعرض لبيان ذلك تفصيلاً عند الكلام عن كل من الوكالة والكفالة إن شاء الله .

الشرط الخامس : المساواة في رأس المال من حيث القدر . وهي شرط صحة المفاوضة ، حتى لو كان المالان متفاضلين قدرًا : لم تكن هذه الشركة مفاوضة ؛ لأن المفاوضة تعني المساواة ، فلا بُدَّ من اعتبار المساواة فيها ما أمكن .

وثمة قول في المذهب الحنفي باشتراط المساواة في القيمة أيضاً ، حتى لو كان أحد المالين صحنًا والآخر مكسراً ، أو كان أحدهما ألفاً بيضاء والآخر ألفاً سوداء وبينهما فضل قيمة في الصرف : لم تجز المفاوضة على المشهور في المذهب ؛ لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تتحقق المساواة التي هي مقتضى من مقتضيات شركة المفاوضة ⁽¹⁾ . وخالف في ذلك المالكية ؛ إذ قالوا : ليس من شروط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال ، تشبيهاً بشركة العنان ⁽²⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 58 - 61) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 158 ، 159) .

(2) بداية المجتهد (ج 2 ص 226) .

الشرط السادس : أن لا يكون لأحد الشريكين في المفاوضة ما تصح فيه الشركة ولم يُدخِلْهُ في الشركة ؛ لأن ذلك يمنع المساواة . ولو تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين والمال الغائب : جازت المفاوضة ؛ لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده وعدمه سواء . ولم تشترط المالكية هذا الشرط .

الشرط السابع : المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرطا التفاضل في الربح : لم تكن هذه مفاوضة ؛ لعدم المساواة وهي عندهم من مقتضيات شركة للمفاوضة .

الشرط الثامن : العموم في المفاوضة ، وهو أن تشمل الشركة جميع التجارات ، فلا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه ؛ لأن الاختصاص يبطل معنى المفاوضة وهي المساواة . وعلى هذا لا تجوز شركة المفاوضة بين المسلم والذمي ؛ لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز للمسلم ، وهي التجارة في الخمر والخنزير ، فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة بينهما ، وهي المساواة ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد . أما أبو يوسف فتجوز التجارة بين المسلم والذمي ؛ لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة .

الشرط التاسع : التلفظ بلفظ المفاوضة : فقد روي عن الإمام أبي حنيفة أنه لا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها ؛ لأن العبارة في العقود لمعانيها لا لذات ألفاظها (1) .

شركة المساهمة

وهذه صورة حديثة من صور الشركات ، وهي شركة المساهمة . حيث يشترك جماعة من المساهمين في تمويل واحد من المشاريع التجارية برأس مالي معلوم على أن يكون لكل واحد من المشتركين حصة من الأسهم ويُقدر السهم الواحد بمقدار محدّد من المال . وهذا الضرب من الشركات مبني على المضاربة التي يذلل فيها رب المال ماله للعامل المضارب ذي الخبرة والقدرة على العمل .

وأحسب أن هذه الصورة من الشركة جائزة إذا تحققت فيها أركان العقد وهي : الصيغة التي تتكون من إيجاب وقبول ، وكذلك العاقدان ، وهما طرفا العقد ، وما يجري في شركة المساهمة تتحقق فيه ركنية العقد الصحيح ، فالعاقدان في هذه الشركة طرفان :

(1) البدائع (ج 6 ص 61 ، 62) وشرح فتح القدير ومعه العناية (ج 6 ص 158 - 163) .

أولهما : المشترك ، وهو صاحب الإسهام .

ثانيهما : الشركة ويتحدث باسمها هيئة الإدارة التي يُنَاط بها أن تُدير شؤون الشركة .

ووجه ذلك : أن الشركة بمثابة مؤسسة ، فهي بذلك ذات شخصية اعتبارية ينطق باسمها القائم عليها ، وذلك ككل مؤسسة من المؤسسات ذات الشخصية الاعتبارية كالجامعة والمستشفى والمكتبة العامة ودار النشر وغير ذلك من المؤسسات ، فلا يُفَقَل في مثل هذه المؤسسات أن يقوم كل فرد فيها بإجراء العقد مع المتعاملين مع المؤسسة ، ولكن المعقول أن يقوم بإجراء العقد القائم على شؤون المؤسسة وهو رئيسها أو هيئتها الإدارية وكيلاً عن الموظفين أو المساهمين جميعاً . فإدارة الشركة أو رئيسها وكيل عن المساهمين جميعاً وهم بدورهم موكلون .

وجدير بالذكر هنا أن لا يطغى على المؤسسة أو الشركة إدارة متسلطة قد استحوذت على إدارة الشركة لكثرة أسهمها ، كالذي يحدث في ظل النظم الرأسمالية ، فأكثر الناس أموالاً وأسهمًا هو الذي يتسلم مقاليد الإدارة في الشركة في ظل هذه النظم . وذلك ضربٌ من التحكم والاستبداد بغير حق .

والصواب أن يتسلم مقاليد الإدارة أكثر الناس خبرةً ودراية بالأمر المتعلقة بالشركة ، وإنما يتحقق ذلك عن طريق الانتخاب الحر الذي يتمخض عن هيئة إدارية ذات خبرة وعلم بقضايا الشركة الفنية والمالية وغيرهما ، وذلك في معزل عن تسلط رأس المال .

وربما قيل : كيف يصح العقد من غير أن يشاهد العاقد صاحبه العاقد الثاني ؟ وللإجابة عن ذلك نقول : لا يشترط لصحة العقد أن يرى كل من طرفي العقد صاحبه الآخر ؛ ليتحقق الإيجاب والقبول مشافهةً بالخطاب ، فإن العقد يتم صحيحًا بالإيجاب والقبول في مجلس العقد ولو لم يشاهد كل من العاقلين صاحبه .

ومجلس العقد إنما تتكيف صورته تبعًا لطبيعة الظروف أو الحال ، فقد يتم العقد عن طريق الرسالة من الموجب إلى القابل ، وهما بينهما مسافات بعيدة ، ومن قول الفقهاء في هذا الشأن : أن الكتاب كالخطاب . وقد يتم العقد كذلك بالهاتف والمكاملة بين المتعاقدين وبينهما ألوْف من الأميال ، وذلك على سبيل التيسير على المسلمين ؛ تحقيقًا لمصالحهم بغير عجز .

وجملة القول جواز هذه الصورة من الشركة ما دامت قد تحققت فيها أركان العقد ، على أن لا يستحوذ على الشركة أكثر المساهمين أموالاً ، ومن غير أن يخالط الشركة

شيء من الربا . والله سبحانه وتعالى أعلم .

النوع الخامس : شركة المضاربة .

المضاربة - في اللغة - تعني : الإسراع في السير . نقول : ضرب في الأرض يضرب ضرباً وضرباً وتضرباً - بالفتح - أي : خرج فيها تاجرًا غازيًا . وقيل : أسرع أو سار في ابتغاء الرزق . وضاربه في المال : من المضاربة ، وهي بلغة أهل العراق ⁽¹⁾ . وهي القراض أو المقارضة بلغة أهل الحجاز ، وذلك من القرض وهو القطع ومنه للقراض . وقيل : أصل القراض من القرض في الأرض ، وهو قطعها بالسير فيها ⁽²⁾ .

والمضاربة أو المقارضة - في الشرع - هي : أن يدفع صاحب المال مالا إلى العامل ليشتجر فيه ، والربح مشترك بينهما ⁽³⁾ .

وجاء تعريفها - بعبارة أخرى - أنها : تنمية العامل المال بالتجارة على جزء من الربح يتفقان عليه ⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فإن المضاربة أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذ العامل من ربح المال بما يتفقان عليه ، كما لو كان ثلثاً أو ربعا أو شطرا ، وذلك على سبيل الفرق بالناس وتيسيرا لأموالهم وقضاء لحاجاتهم ⁽⁵⁾ .

مشروعية المضاربة

ثبتت مشروعية المضاربة بكل من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقال تعالى : ﴿ وَآخَرُونَ يَقْرِضُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَفِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ ⁽⁶⁾ .

وقال عز وجل : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الْقَرْضَاةُ فَأَنْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ ⁽⁷⁾ .

وقال جل وجل : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ ⁽⁸⁾ .

وذلك يدل على شرعية السير في الأرض والانتشار فيها ، طلبا للرزق ، وذلك بالإتجار بالمال وتنميته ، سواء كان ذلك عن طريق الشرب في الأرض خارج المضر أو بالعمل داخله .

(1) لسان العرب (ج 1 ص 544 ، 545) .

(2) لسان العرب (ج 7 ص 217) .

(3) مفتي المصالح (ج 2 ص 310) .

(4) أسهل المفار (ج 2 ص 349) .

(5) بداية المجتهد (ج 2 ص 208) .

(6) سورة الزمل الآية (20) .

(7) سورة الجمعة الآية (10) .

(8) سورة البقرة الآية (198) .

أما السنة : فهي ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس قال : كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يَشْلُكَ به بحرًا ، ولا ينزل به واديًا ولا يشتري به ذا كَيْدٍ رَطْبِيَّةٍ ، فإن فعله فهو ضامنٌ ، فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازَه (١) .

وأخرج البيهقي عن نافع « أن ابن عمر كان يكون عنده مالٌ اليتيم فيزكِّيه ويُعطيه مضاربةً ويستقرض فيه » (٢) .

وقد روي مثل ذلك عن فريق من الصحابة منهم عمر وعثمان وجابر بن عبد الله وحكيم بن حزام وعبد الله بن عمر وعبيد بن عمر (رضوان الله عليهم) وذلك من غير تكبير عليهم من أحد ، ومثل ذلك يكون إجماعًا (٣) .

أركان المضاربة

أركان المضاربة خمسة هي : الصيغة ، والعاقدان ، ورأس المال ، والربح ، والعمل .
الركن الأول : الصيغة .

ويراد بالصيغة الإيجاب والقبول ، وذلك بالفاظٍ تدل عليهما . فالإيجاب : هو لفظ المضاربة ، أو المقارضة ، أو ما يقوم مقام ذلك من ألفاظ تدل على المقصود . وصورة ذلك أن يقول ربُّ المال للمعامل : خذ هذا المالَ مضاربةً أو مقارضةً على أن ما رزق الله عز وجل منه من ربح فهو بيننا على الثلث أو الربع أو النصف مثلاً ، أو يقول له : ضاربتك ، أو قارضتك ، أو عاملتك ، أو بَعِ واشْتَرِ بهذا المال على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك من الأجزاء المعلومة .

والقبول هو أن يقول المضارب : قبلت ، أو أخذت ، أو رضيت ، أو غير ذلك من ألفاظ تدل على القبول على أن يكون ذلك متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد على نحو ما بيناه في هذه المسألة سابقاً . وبذلك يتم الركن الأول الأهم وهو الصيغة (٤) .

الركن الثاني : العاقدان .

العاقدان هما : ربُّ المال ، والمضارب . ويُشترط فيهما أهلية التوكيل ، لأن المالك

(١) الدارقطني (ج ٣ ص ٧٨) .

(٢) البيهقي (ج ٦ ص ١١١) .

(٣) البيهقي (ج ٦ ص ١١٠ ، ١١١) والبدائع (ج ٦ ص ٧٩) وبداية المجتهد (ج ٢ ص ٢٥٨) .

(٤) البدائع (ج ٦ ص ٧٩ ، ٨٠) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٣١٥) .

(رب المال) بمثابة الموكل ، والمضارب (العامل) بمثابة الوكيل ، فيشترط في كل منهما أن تتحقق فيه شرائط أهلية الوكالة وهي : العقل ، والبلوغ ، والحرية . فلا يجوز أن يكون أحدهما مجنوناً ولا صبيّاً ولا رقيقاً ، أما المحجور عليه بقلس فلا يصح أن يقارض بل يجوز له أن يكون مضارباً (عاملاً) . وكذلك تصح المضاربة من المريض .

ولو ضارب العامل شخصاً آخر بإذن من رب المال لشاركه (الآخر) في العمل والربح : لا يصح على الأرجح . ووجه ذلك : أن المضاربة جائزة على خلاف القياس ، وموضوع المضاربة أن يكون أحد العاقلين مالكاً وليس له عمل ، ويكون الآخر عاملاً ، ولو متعدداً وليس له مثل . أما المضاربة الثانية هذه فهي تدور بين عاملين ، فلا تصح ، وعلى هذا لو تصرف العامل الثاني بغير إذن المالك كان تصرفه تصرف غاصب فيضمن ما تصرف فيه ؛ لأن الإذن بالتصرف صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل . وهو قول الشافعية والحنابلة ⁽¹⁾ ، أما الحنفية فقالوا : إن قال له رب المال اعمل برأيك ، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره ⁽²⁾ .

ولو قارض المالك عاملين اثنين : جاز ، سواء كان حظهما من الربح متفاضلاً أو متساوياً ؛ لأن عقده معهما كعقدين . وقيل : لا يجوز الربح لهما إلا متساوياً ⁽³⁾ .

الركن الثالث : رأس المال .

ويشترط أن يتوفر في رأس المال جملة شروط ؛ لتكون المضاربة صحيحة . وتلك هي الشروط :

الشرط الأول : أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينار . وهو الذي عليه عامة العلماء ، وبذلك لا تجوز المضاربة بالعروض ، ووجه ذلك ما بيناه عند الحديث عن مال الشركة ، وخلاصته : أن العروض إنما تتعين بالتعيين ، وهي تتعين عند الشراء ، وربح ما يتعين بالتعيين هو ربح ما لا يُضْمَن ؛ لأن المعين غير مضمون ، فلو هلكت العروض قبل التسليم فلا شيء على المضارب ؛ فالربح عليها هو ربح ما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يُضْمَن .

ومن جهة ثانية فإن المضاربة بالعروض تنول إلى الجهالة في الربح وقت القسمة ؛ لأن

(1) معنى المحتاج (ج 5 ص 228 - 211) والمغني (ج 5 ص 48) .

(2) البائع (ج 4 ص 95) . (3) معنى المحتاج (ج 5 ص 230) .

قيمة العروض إنما تعرف بالحزير والظن وتختلف باختلاف المؤمنين ، والجهالة تُقضي إلى المنازعة وهذه تفضي إلى فساد العقد .

وبعبارة أخرى فإن القراض أو المضاربة عقدٌ غَرِيٍّ والعملُ به غيرُ مضبوط والربح غيرُ موثوق به ، فهو بذلك ثبت على خلاف القياس ، وإنما جاز من أجل الحاجة فاختص بما يزوج غالبًا ويسهل الإتجار به وهو الأثمان ، أي الدراهم والدنانير . وعلى هذا يُشترط لصحة المضاربة أن يكون المال فيها من الدراهم والدنانير دون غيرها من العروض . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية (1) .

وثمة رواية عن الإمام أحمد أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتُجمل قيمتها وقت العقد رأس المال . وهو قول ابن أبي ليلى ، وبه قال في المضاربة طاووس والأوزاعي ؛ وذلك لأن مقصود الشركة هو جواز تصريف العاقدين في المالين جميعًا ، وكون المالكين بين العاقدين في الشركة - وهو ما يحصل في العروض كحصوله في الأثمان - فيجب بذلك أن تصح الشركة والمضاربة بالعروض كالأثمان (2) .

الشرط الثاني : أن يكون رأس المال معلومًا . فإن كان مجهولًا فلا تصح المضاربة ؛ لأن الجهالة في رأس المال تؤدي إلى الجهالة في الربح ، وجهالة هذا تؤدي إلى فساد العقد ؛ لأن المقصود بالمضاربة الربح . وهو ما لا خلاف فيه بين العلماء ، وعند الشافعية والمالكية أيضًا اشتراطُ كونه موصوفًا فضلًا عن أنه معلوم (3) .

ولو كان رأس المال مشاهدًا ، فهل ترتفع عنه الجهالة ليصبح العقد ؟ ذهبت الشافعية والحنابلة إلى أنه يُشترط أن يكون مقدارُ المال معلومًا . ولا يُغني عن ذلك المشاهدة ، فإذا لم يكن معلوم القدر لا تجوز فيه المضاربة حتى ولو كان مشاهدًا ؛ لأنه مع ذلك يُقضي إلى المنازعة والاختلاف في القدر فلا تصح كما لو كان المال في الكيس (4) .

الشرط الثالث : أن يكون رأس المال معيّنًا . فلا تجوز المضاربة إلا على المال المعين ،

(1) البدائع (ج 6 ص 82) ونهاية المحتاج ومعه حاشية الشيرازي (ج 5 ص 220 ، 221) والمغني (ج 5 ص 17) وبداية المجتهد (ج 2 ص 208) والمدينة (ج 4 ص 46) .

(2) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص 30) .

(3) البدائع (ج 6 ص 82) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 221 ، 222) وبلغة السالك (ج 2 ص 245) والمغني (ج 5 ص 74) وبداية المجتهد (ج 2 ص 208) .

(4) المغني (ج 5 ص 75) والمهذب (ج 1 ص 385) .

فإن كان ذلك على ما في الدمة فلا تجوز المضاربة ؛ لأن المضاربة عقدٌ تمنع صحته الجهالة فلم يَجُزْ على غير معين كالبيع ، وهو ما لا خلاف فيه ⁽¹⁾ .

ويخرج عن ذلك ما لو كان لرب المال على رجلين دَيْنٌ فقال له : اشْتَمَلْ بَدْنِي الذي في ذمتك مضاربةً بالنصف : فإن المضاربة فاسدة . أما لو قال لرجل : أقبض ما لي على فلان من الدين ، واشْتَمَلْ به مضاربةً : جاز ؛ وذلك لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال معيناً وليس دَيْنًا في الدمة ⁽²⁾ .

ولو أحضر كَيْسَيْنِ أو صُرُوتَيْنِ في كَلٍّ واحد منهما مَالٌ معلوم المقدار ، وقال : ضاربك على واحد من هذين الكيسين أو الصرتين : لم يصح ، سواء تساوى ما فيهما أو لم يتساويا ؛ لأن ذلك عقدٌ تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع وهو قول الحنابلة ، والشافعية في أحد قوليهما . وفي قولهم الثاني : يجوز ذلك على إحدى الصُرُوتَيْنِ المتساويتَيْنِ في القدر والجنس والصفة ، فيتصرف العامل في أيتهما شاء وبذلك يتعين القراض ⁽³⁾ .

الشرط الرابع : تسليم رأس المال إلى المضارب ؛ لأن المال في المضاربة يُعتبر أمانةً في يد المضارب ولا يكون ذلك إلا بالتسليم ، وهو التخلية . ولا يصح عقدُ المضاربة مع بقاء يد المالك على المال ؛ وذلك لعدم تحقق التسليم ، حتى لو شَرَطَ المالك بقاء يده على المال : فسدت المضاربة ، خلافاً للشركة فإنها تصح مع بقاء يد المالك (رب المال) على ماله . والفرق بينهما أن المضاربة تنعقد على رأس مالي من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ، ولا يحصل العمل أو يتحقق إلا بعد خروج المال من يد رب المال ، فكان ذلك شرطاً موافقاً لمقتضى العقد بخلاف الشركة فإنها انعقدت على العمل من الجانبين كليهما ، فاشتراط زوال يد رب المال عن العمل يخالف مقتضى العقد .

ويشبه ذلك ما لو شرط في المضاربة العمل من رب المال : فإن المضاربة تُفسد ، سواء عَمِلَ رَبُّ المال معه أو لم يعمل ؛ لأن مجرد اشتراط عمله مع المضارب يعني بقاء يده على المال ، وهو شرطٌ فاسد . أما لو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل : جاز ؛ لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده .

(1) نهاية المحتاج (ج 5 ص 222) والبدائع (ج 6 ص 83) والمغني (ج 5 ص 75) .

(2) البدائع (ج 6 ص 83) .

(3) المغني (ج 5 ص 75) ومغني المحتاج (ج 2 ص 310) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 222) .

على أن التسليم لا يُشترط فيه أن يكون حال العقد أو في مجلسه وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه ليتسنى له دفع ثمن ما يشتره ، وعلى هذا فإنه يُشترط أن يستقل العامل بالتصرف في المال فلا يجوز شرطُ عمل المالك معه ، وأما شرط من هذا القبيل فهو مُفسدٌ للعقد ، وهو ما لا خلاف فيه ⁽¹⁾ .

الركن الرابع : الربح .

والمقصود بالمضاربة هو الربح أو التكسب لكل من رب المال والمضارب ، ويجب أن يتحقق في الربح ثلاثة شروط ؛ ليكون مشروعاً ويصبح معه العقد .

الشرط الأول : اختصاصُ العاقدين بالربح : فلا يجوز شرطُ شيء من الربح لثالث ، وعلى هذا يجب اختصاصُ الربح بهما ، واشترائُهما فيه ؛ ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله فلا يختص به أحدهما .

فلو قال المالك للعامل : قارضتك على أن كلَّ الربح لك : فالقراض فاسد . وكذلك لو قال المالك : قارضتك على أن يكون المالُ كله لي : فسد العقد أيضاً ، وفي هذه المسألة يستحق العامل على المالك أجره عمله ويكون الربح كله للمالك .

الشرط الثاني : إعلامُ مقدار الربح ؛ لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالته تُوجبُ فسادَ العقد . ويتخرج عن ذلك ما لو دفع ربُّ المال إلى العامل ألفَ دينار ؛ ليعمل فيه مضاربةً ، وقال له : لك جزءٌ من الربح أو شيءٌ من الربح أو حظٌ أو نصيب : فلا تجوز المضاربة ؛ لأنه ربحٌ مجهول . أما لو قال له : خذ هذا المالَ ولك مثلُ ما شرطُ لفلان : جاز ذلك إن كانا يعلمان ما شرطُ لفلان ؛ لأنهما قد أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمان ما شرطُ له : فسدت المضاربة ؛ للجهالة .

ولو قال ربُّ المال للمضارب : خذ هذا المالَ ، والربحُ بيننا ولم يبين مقدارَ الربح صراحةً : جاز ذلك ويكون الربح بينهما مناصفةً ؛ لأن الشركة تقتضي المساواة ، وفي هذا يقول الله جل شأنه : ﴿ قَهْمَ شَرِكَاةٍ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ⁽²⁾ فهم متساوون في حصصهم في الثلث . وكذلك المضارب وصاحبُ المال فلهما النصفان بالتساوي ؛ لأن إطلاقَ القول في الربح بينهما يقتضي التسوية بينهما فيه .

(1) البائع (ج 6 ص 84 ، 85) ومغني المحتاج (ج 2 ص 310 ، 311) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 222 ، 223) والمغني (ج 5 ص 29) .
(2) سورة النساء الآية (12) .

الشرط الثالث : أن يكون الربح معلوماً بالجزئية كالتنصف أو الثلث أو الربع ، أي أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً ، فإن شرطاً عدداً مقدراً ، بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة دينار من الربح أو نحو ذلك والباقي للآخر : فلا تجوز المضاربة بل تُفسد ؛ وذلك لأن المضاربة نوع من الشركة أو هي عبارة عن الشركة في الربح ، واشتراط الربح بغير الجزئية يُوجب قطع الشركة في الربح ؛ لأنه يمكن أن لا يُربح المضارب إلا هذا القدر المشروط لنفسه - وهي المائة دينار أو نحوه - فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر . وبذلك لا تتحقق الشركة ولا المضاربة .

ولو شرطاً لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم ، أو مائة درهم ، فلا يجوز ؛ لأن هذا الشرط يقطع الشركة في الربح ؛ لأنه إذا شرط لأحدهما النصف ومائة فإنه من الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له . وكذلك لو شرط لأحدهما النصف إلا مائة : فإنه يمكن أن يكون نصف الربح مائة ، فلا يكون له شيء من الربح ⁽¹⁾ .

وجملة القول في هذا : أن الشرط إن كان يؤدي إلى جهالة الربح ، فإنه يُوجب فساد العقد ؛ لأن الربح هو العقود عليه في المضاربة وجهالة العقود عليه تُفسد العقد . وإن كان لا يُفضي إلى الجهالة في الربح ، فإنه يمتثل الشرط وتصح المضاربة ، على الخلاف في هذا .

الركن الخامس : العمل .

والعمل منوطٌ بالعمل - وهو المضارب - وهو وظيفته التجارة ، وهي الاسترباح بالبيع والشراء وما يقتضيه ذلك من توابع وأعمال جرى بها العرف . وذلك كتنشيط الثوب للبيع وطيه ، وعرضه على المشتري ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن منه ، وشد المتاع أو الكيس وتخميمه وإحرازه في الصندوق ، ونحو ذلك من أعمال تقتضيها التجارة . وليس للعامل على ذلك أجر ؛ لأنه مكلف أصلاً بمثل هذه الأعمال وهو مستحق للربح في مقابلتها ، أما إن استأجر من يفعل ذلك فعليه الأجر وحده ؛ لأنه هو المكلف بالعمل فيما جرت به العادة .

أما ما لم تجر به العادة ، كالنداء على المتاع أو نقله إلى الخان أو الشوق حيث البيع والشراء . بما يصعب حمله لنقله : فليس ذلك على العامل بل له أن يكتري من يحمّله ؛

(1) البدائع (ج 6 ، ص 85 ، 86) ومغني المحتاج (ج 2 ص 312) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 225 - 227) والمغني (ج 2 ص 31 - 37) .

لأن العَمَلَ في المضاربة لم يُشترط فيه المشقة على العامل .

وجملة القول أن العامل منوط به أن يقوم بأعمال التجارة وما لها من توابع ، ويتبني الرجوع في ذلك إلى العرف ، وعلى هذا إن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعاً : فلا أجر له .

ويُشترط أن لا يُضيق المالك على العامل في التصرف ، وحينئذ لا يجوز أن يُشترط عليه شراء متاع معين كهذه الخنطة أو هذا الثوب ، أو شراء نوع يثدو وجوده كالياقوت الأحمر أو الخبز الأدكن ، أو شرط معاملته شخص بعينه كأن يقول له : لا تبع إلا لزيد ، أو لا تشتري إلا منه ؛ لأن مثل هذا الشرط يُجزل بالمقصود ؛ لأن المتاع المعين قد لا يربح ، والتأخر قد لا يُوجد ، والشخص المعين قد لا يعامل المضارب أو لا يجد عنده ما يُنظر أن فيه ربحاً .

وليس للمضارب أن يتعدى بفعل ما لا يجوز فعله ، فإذا تعدى وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئاً قد نُهي عن شرائه ؛ لضربه أو عدم نفعه ، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم . وهو قول الشعبي والنخعي والحكم وحمام وإسحق والمالكية والشافعية والحنابلة والحنفية . وثمة رواية أنه لا يضمن ، وهو مروى عن علي (رضي الله عنه) والحسن والزهرى ⁽¹⁾ .

على أن للحنفية في ذلك تفصيل ؛ إذ قالوا : المضاربة نوعان : مطلقة ، ومقيدة فالمطلقة : أن يذق المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله . أما المقيدة : فهي أن يعين شيئاً من ذلك .

وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام هي :

الأول : ما كان للمضارب أن يفعله من غير حاجة إلى تنصيب عليه ولا إلى القول بأن يعمل برأيه فيه . فهو كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد ، وهي ما إذا قال له : خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله منه ربح بيننا على كذا . أو قال : خذ هذا المال مضاربة على كذا : فله أن يشتري به ويبيع ؛ لأنه أمر بعمل هو سبب حصول الربح ، والمقصود من عقد المضاربة هو الربح وهو لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وهو قول الحنابلة .

الثاني : ما ليس للمضارب أن يعمل في المضاربة المطلقة إلا بالتنصيب عليه ، فإنه ليس له أن يستدين على مال المضاربة . ولو استدان : لم يجر على رب المال ويكون ذمّاً على المضارب في ماله ؛ لأن الاستدانة بمثابة زيادة في رأس المال من غير رضا صاحب

(1) المغني (ج 5 ص 54 - 57) ومغني المحتاج (ج 2 ص 311 ، 312) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 223 - 225) وشرح فتح القدير ومعه حاشية المحقق سعدني أفندي (ج 6 ص 183 ، 184) .

المال ، بل فيه إثبات زيادة في الضمان عليه (صاحب المال) من غير رضاه ؛ لأن ثمن المشتري برأس المال في المضاربة مضمونٌ على صاحب المال . ويدل على ذلك أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك ما اشتراه قبل التسليم ، فإن للمضارب أن يرجع إلى ربّ المال بمثله ، فلو كلفنا المضارب بالاستدانة لألزمناه زيادة ضمان لم يؤض به ، وهو لا يجوز .

الثالث : ما كان للمضارب أن يَقمّله إذا قيل له : اعمل برأيك وإن لم يُنص عليه . وذلك كالمضاربة والشركة والخلط ، وبهذا فإن له أن يدفع مال المضاربة مضاربةً إلى غيره ، وله كذلك أن يشارك غيره في مال المضاربة شركةً عنان ، وله أيضًا أن يخلط مال المضاربة بماله هو ، وذلك إذا قال له ربّ المال : اعمل برأيك . وليس له أن يعمل شيئًا من ذلك إذا لم يُقل له ربّ المال ذلك . وهو قول الحنابلة أيضًا .

الرابع : ما ليس للمضارب أن يعمله أصلًا ورأسًا . وهو شراء ما لا يملك بالقبض ، وذلك كشراء الميتة والدم والخمر والخنزير ؛ لأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرف الذي يخصّ به الربح ، وهذا لا يحصل إلا بالشراء والبيع ، وما لا يملك بالشراء لا يخصّ فيه الربح . فإن اشترى شيئًا من ذلك كان مشتريًا لنفسه وليس للمضاربة ، فإن دفع فيه شيئًا من مال المضاربة : يضمن . وأما إذا كان الثمن ميتةً أو دماءً فما اشترى به لا يكون على المضاربة ؛ لأن الميتة أو الدم لا يملكان بالقبض أصلًا .

أما المضاربة المقيدة فهي من حيث الحكم كالمضاربة المطلقة وذلك في جميع ما ذكر من أحكام ، وهي لا تختلف عنها إلا في قدر القيد . والأصل في ذلك أن القيد إن كان مفيدًا فإنه يثبت ؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ، وفي ذلك يقول النبي ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » ⁽¹⁾ .

أما إذا لم يكن القيد مفيدًا فإنه لا يثبت ؛ لأن ما لا فائدة فيه يُلغى ويلحق بالعدم . وعلى هذا لو دفع رجلٌ إلى آخر مالاً مضاربةً على أن يعمل به في الكوفة : فليس له أن يعمل في غير الكوفة ؛ لأن قول صاحب المال : « على أن » يُعتبر من ألفاظ الشرط ، وهو شرطٌ مفيدٌ ؛ لأن الأماكن تختلف من حيث الوُحْص والغلاء ، فضلًا عن السفر وما فيه من مخاطر ⁽²⁾ .

(1) أخرجه الحاكم في مستدرکه عن أنس وعائشة . وانظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 668) .

(2) البدائع (ج 6 ص 87 - 98) والمغني (ج 5 ص 24) .

مسائل متفرقة

على من تكون الوضیعة ؟

يُقَصَّد بالوضیعة هنا : الخسران في الشركة . فإنه في الشركة العامة تكون الوضیعة على كل واحد من العاقدین بقدر ماله . فإن كان مألها متساویا في المقدار كان الخسران بينهما متاصفة . وإن كان مألها أثلاثا كانت الوضیعة أثلاثا .

أما الوضیعة في المضاربة فهي على رب المال ؛ لأنه إنما دفع ماله إلى العامل ؛ ليتجر به ، وعلى هذا فإن الخسران في مال المضاربة وهو (المال) في يد المضارب ؛ وجب أن يُجْبَر من الربح بعد العمل فيما بقي من المال ، وإذا أتت الوضیعة على المال كله ؛ فهي على المالك ، يستوي في ذلك ما لو حصل الخسران قبل العمل أو بعده ما دام ذلك بعد القبض .

ومن أسباب الوضیعة الرخص في الأسعار ، أو حصول العيب ، أو المرض ، أو كان ذلك بأفق سماوية كحرق أو غرق ، أو ما لو غصبه غاصب ، أو سرقه سارق متعدد أخذه أو أخذ بدله ، فإنه في مثل هذه الأسباب يجب أن يجبر النقص من الربح فيما بقي من مالي القراض ، فإن لم يتبق منه شيء كانت الوضیعة كلها على المالك ؛ لأن المال ماله . وذلك الذي ذهب إليه أهل العلم في جملة أقوالهم ⁽¹⁾ .

قال الإمام مالك في المدونة : إذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده ، أو خسره ، أو أخذه لص أو العاشر ظلما ؛ لم يضمنه العامل ، إلا أنه إن غلب ببقية المالي مجبر بما ربح فيه أصل المال ، فما بقي بعد تمام رأس المال كان بينهما على ما شرطا ⁽²⁾ .

وخلاصة القول في هذه المسألة : أن الوضیعة في المضاربة إنما تكون على رب المال خاصة وليس على العامل منها شيء ؛ لأن الوضیعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك صاحبه ولا شيء منه للعامل المضارب ، فيكون نقص المال من مالكة دون غيره ⁽³⁾ .

المضاربة حال المرض

لو قارض صاحب المال حال مرضه : فإن قراضه جائز ؛ لأن ذلك عقد يراد به

(1) بداية المجتهد (ج 2 ص 213) والمدونة (ج 4 ص 53) ومغني المحتاج (ج 2 ص 318) والمغني (ج 5

ص 38) والبدائع (ج 6 ص 80) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 238) .

(2) المدونة (ج 4 ص 53) وأسهل المدارك (ج 2 ص 354) .

الكسب والارتزاق ، شأله في ذلك شأن البيع والشراء ، والعامل من جهته له ما اشترط لنفسه من الربح حتى وإن زاد على أجرة المثل ، ولا يُنحسب ذلك من الثلث ؛ لأن حصته في الربح قد حصلت بتصرفه في المال ولم تكن مستحقة من مال رب المال ⁽¹⁾ .

تأقيت المضاربة

وهو أن يقول صاحب المال للعامل : ضاربتك على هذا المبلغ من المال سنة مثلاً حتى إذا انقضت هذه المدة فلا تبغ ولا تشتري ، فهل يجوز مثل هذا العقد ؟

ذهب الحنفية والحنابلة في الصحيح من مذهبه إلى أن توقيت المضاربة بمدة معينة يصح . ووجه قولهم : أن المضاربة عبارة عن توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت ⁽²⁾ .

وذهبت الشافعية والمالكية إلى أنه لا يجوز بيان مدة للقراض كشهر أو نحوه ؛ وذلك لأن التأقيت يخل بمقصود القراض ؛ فقد لا يحصل ربح خلال هذه المدة ، ومقصود القراض أصلاً الربح ، وهو ليس له وقت معلوم ⁽³⁾ .

المضاربة بالدين

لا تجوز المضاربة بالدين الذي يكون لصاحب المال على آخر . وهو الذي ذهب إليه عامة أهل العلم ، وصورة ذلك : أن يقول رب المال لمدينه : ضارب بالدين الذي عليك . فإن ذلك لا يجوز . قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينه على رجل آخر مضاربةً وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية ، وبه قال عطاء والحكم وحمام والثوري وإسحق وأبو ثور . ووجه قولهم : أن المال الذي في يد المدين ملك له ولا يصير إلى غريمه الدائن إلا بقبضه ، وإذا لم يوجد قبض فلا يكون ثمة مضاربة ؛ لأن المضاربة لا تكون إلا على رأس مال معين ، فإن كان في الدية فلا تجوز فيه المضاربة كما بيناه في مال المضاربة ⁽⁴⁾ لكن لو اشترى المدين وباع فالربح لرب المال وعليه وضيعته ، وللمدين العامل أجر المثل ؛

(1) منفي المحتاج (ج 2 ص 314) والمغني (ج 5 ص 62) والمدينة (ج 4 ص 69) .

(2) البدائع (ج 6 ص 99) والمغني (ج 5 ص 67 ، 68) .

(3) منفي المحتاج (ج 2 ص 312) ونهاية المحتاج (ج 5 ص 225) والمدينة (ج 4 ص 58) .

(4) المغني (ج 5 ص 73 ، 74) ومنفي المحتاج (ج 2 ص 310) والمدينة (ج 4 ص 47) والبدائع (ج 6 ص 82) .

وذلك بناءً على أن المضاربة فاسدة فتكون حصيلة العمل فيها لصاحب المال وللعامل أجر مثله . وهو قول الشافعية والمالكية وصاحبني أبي حنيفة (1) .

وثمة قول وهو : أن ما اشتراه المدين وباعه فريضة لنفسه وعليه وضيعته ويبقى الدين لرب المال في ذمته . وهو قول الإمام أبي حنيفة (2) .

أما لو قال شخص لآخر : أقبض المَالَ الذي لي على فلان واغتمل به مضاربة ، فقبضه وعمل به : جاز ؛ لأنه بذلك يكون وكيلًا عن رب المال (الدائن) في قبض الدين وهو مؤتمن عليه ، فتكون المضاربة بذلك قد أضيفت إلى المقبوض ، فكان رأس المال عينًا لا دينًا . وهو قول الحنفية والحنابلة (3) .

وقالت الشافعية والمالكية بعدم الجواز ، حتى لو عين الدين في مجلس العقد وقبضه المالك ، فإن ذلك يحتاج إلى تجديد عقد عليه بعد تعيينه وقبض المالك له (4) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 310) والبدائع (ج 6 ص 83) والمدونة (ج 4 ص 47) .

(2) البدائع (ج 6 ص 83) .

(3) البدائع (ج 6 ص 83) والمغني (ج 5 ص 74) .

(4) المدونة (ج 4 ص 47) ونهاية المحتاج ومعه حاشية الشيرازي (ج 5 ص 222) .

ما يبطل به عقد المضاربة

تبطل المضاربة بالأسباب التالية :

السبب الأول : الفسخ . ووجه ذلك : أن المضاربة من العقود الجائزة .

فهي تنفسخ بفسخ أحدهما ، سواء كان المضارب أو رب المال ، ولا يُشترط في جواز الفسخ من أحدهما حضور الآخر أو رضاه ، وهو ما لا خلاف فيه . وإنما يُشترط علمه فقط عند الحنفية خلافاً للشافعية ؛ إذ لا يُشترط عندهم علم الآخر بفسخ المضاربة .

ويحصل الفسخ بقول أحد العاقلين : فسخت المضاربة ، أو أبطلتها ، أو نحو ذلك ، وكذلك لو نهى عن التصرف وهو أن يقول : لا تصرف بعد هذا ، أو نحو ذلك ، فإنها تبطل شريطة أن يعلم الآخر بالنهي . ويحصل الفسخ أيضاً باسترجاع المال ، فإن استرجع بعضه وقع الفسخ فيه ، وبقي العقد في الباقي ⁽¹⁾ .

ويُشترط لجواز الفسخ أو النهي عن التصرف أن يكون رأس المال عيئاً وقت الفسخ أو النهي عن التصرف . والعين هو ما كان من الدنانير أو النضوض .

والنضوض : جمع ، ومفرده : النض ، وهو اسم يطلقه أهل الحجاز على الدراهم والدنانير ، والناض ما تحول عيئاً بعد ما كان متاعاً . وقيل : النض : معناه الإظهار ، والنض : الحاصل . يقال : أخذ ما نض لك من غريمك . وأخذ ما نض لك من دين : أي ما تيسر . وهو يستنض حقه من فلان : أي يستنجزه ويأخذ منه الشيء بعد الشيء . ومنه الخبر : أخذ صدقة ما نض من أموالهم : أي ما ظهر وحصل من أثمان أمتعتهم وغيرها . وفي حديث عمر (رضي الله عنه) : كان يأخذ الزكاة من ناض المال ، وهو ما كان ذهباً أو فضة عيئاً أو ورقاً ⁽²⁾ .

وجملة القول : أن الفسخ في عقد المضاربة يجوز من أحد العاقلين شريطة أن يكون مال المضاربة عيئاً عند الفسخ ، فإن كان متاعاً : لم يصح الفسخ ، وله من أجل ذلك أن

(1) مفتي المحتاج (ج 2 ص 319) والبدائع (ج 6 ص 112) والمغني (ج 5 ص 65) ونهاية المحتاج ومعه شرح الشيرازي (ج 5 ص 238 ، 239) .

(2) لسان العرب (ج 7 ص 237) ومختار الصحاح (ص 466) .

يبيعه (المتاع) بالدرهم والدنانير حتى يَبْضَ ؛ وذلك لأن الفسخ يقتضي ردَّ رأس المال على صفته ولا يجري ذلك إلا في النضوض ، وهي الدراهم والدنانير أما الديون فلا تجري مجرى الناض في ذلك .

السبب الثاني : موت أحد العاقدين . فإنه بموت أحد العاقدين تبطل المضاربة ؛ لأنها تشتمل على الوكالة ، وهذه تبطل بموت الموكل أو الوكيل . وعلى هذا فإن المضاربة تبطل بموت المالك سواء عَلِمَ المضارب بموت المالك أو لم يعلم ؛ لأن موته يُعتبر عزلاً تحكيمياً للمضارب فلا يتوقف على العلم .

على أن رأس المال إذا كان حالَّ موت المالك متاعاً ، فللوكيل (المضارب) أن يبيعه حتى يصير ناضاً (دراهم أو دنانير) ؛ لكي يصح الفسخ كما بيناه في السبب الأول ، وللمضارب التنضيض بغير إذن الورثة .

ولو مات العاملُ فإن ورثته لا تملك المبيع بغير إذن المالك ؛ لأنه (المالك) لم يَبْضَ بتصرفهم ، ولذلك فإن المالك إذا امتنع منه الإذن للورثة في البيع تولاه بدلاً منهم أحدُ الأمناء من قبل الحاكم .

وإذا كان مالُ المضاربة من العروض ، فلا يجوز لورثة المالك أن تقرّر المضارب على المضاربة ، وكذلك لا يجوز للمالك أن يقرر ورثة المضارب عليها ؛ لأنه بموت أحدهما يفسخ عقدُ المضاربة ، أما إن نَضَّ المال بأن أصبح دراهم أو دنانير ؛ جاز التقرير من الجميع .

وصورة التقرير أن تقول ورثة المالك للمضارب (العامل) : قورّناك على ما كنّث عليه مع قبول المضارب ذلك . أو يقول المالك لورثة المضارب : قررتكم على ما كان مورثكم عليه ، مع قبولهم لهذا . وذلك الذي عليه الحنفية والشافعية والحنابلة (1) .

أما المالكية فقالوا : لا يفسخ عقدُ المضاربة بموت أحد العاقدين . فلو مات العامل (المضارب) : لزم ورثته التنضيض إن اتهمهم ربُّ المال أو أتوا بأمينٍ ولا سلموا المال إليه . وإن مات صاحبُ المال بقيت المضاربة على حالها إن أراد الورثة ذلك ، أما إن

(1) البدائع (ج 6 ص 112) ونهاية المحتاج ومعه شرح الشيرازي (ج 5 ص 239) والمغني (ج 5 ص 66) .

أرادوا أخذَ مالهم فلهم ذلك ، وهم في ذلك بمنزلة الرجل إذا قارض رجلاً فاشتري سلعة ثم أراد رب المال أخذَ ماله . وإن مات رب المال والمال في يد المتقارض ولم يعمل به بعد ، فقد قال مالك : لا ينبغي أن يعمل ويؤخذ منه ⁽¹⁾ .

وفي هذا الشأن يقول الإمام مالك (رحمه الله) : الأمر المجمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً ، فاشتري به سلعة ، ثم باع السلعة بدين فربح في المال ، ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال ، قال : إن أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أيهم من الربح ، فذلك لهم إذا كانوا أمناء على ذلك المال ، وإن كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولا شيء عليهم ولا شيء لهم إذا أسلموه إلى رب المال . فإن اقتضوه : فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك وهم فيه بمنزلة أبيهم .

فإن لم يكونوا أمناء على ذلك فإن لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضي ذلك المال . فإذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم ؛ فذلك بناءً على أن عقد المضاربة عندهم يعتبر عقدًا لازمًا ، وهو عقد يورث ، فإن مات العامل وكان له بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ⁽²⁾ .

السبب الثالث : الجنون . فإذا بجنَّ أحدُ العاقلين جنونًا مطبقًا : بطلت المضاربة ؛ وذلك لأنه بالجنون تبطل أهلية كل من الوكيل والموكل ، فالأجير (الموكل) يبطل أمره بالجنون ، وكذلك المأمور (الوكيل) يبطل تصرفه . وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة ⁽³⁾ . ولو جنَّ رب المال كان للعامل الاستيفاء والتنضيض بغير إذن الولي (ولي الجنون) ؛ اكتفاءً بإذن العاقد قبل الجنون ⁽⁴⁾ .

السبب الرابع : الردة من رب المال . وهو قول الإمام أبي حنيفة خلاقاً للصاحبين ، وأكثر العلماء منهم لم يعتبروا هذا السبب . أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى أن الردة

(1) المدونة (ج 4 ص 68 ، 69) وأسهل المدارك (ج 2 ص 352) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 352 ، 353) وبداية المجتهد (ج 2 ص 210) .

(3) البدائع (ج 6 ص 112) ومغني المحتاج (ج 2 ص 319) والمغني (ج 5 ص 66) .

(4) نهاية المحتاج ومعه شرح الشيرازي (ج 5 ص 239) والمغني (ج 5 ص 66) .

من رب المال تجعل المضاربة موقوفة .

وعلى هذا لو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة ، فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة . فإن رجع بعد ردته إلى الإسلام نفذ تصرف المضارب والتحق الردة بالمعلم وصار كأنه لم يرتد أصلاً .

وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم الحاكم بلحاظه بدار الحرب ، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه : بطلت المضاربة من يوم ارتد ، وأصله في ذلك أن ملك المرتد موقوف فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب فحكم بالحق ، فإنه يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت .

أما على أصل أبي يوسف ومحمد ، فإن الردة لا تؤثر في ملك المرتد ، فيجوز تصرف المضارب بعد ردته رب المال مثلما يجوز تصرف رب المال بنفسه .

أما المرأة فإن ارتدادها وعدمه سواء في قولهم جميعاً ، سواء في ذلك ما لو كان المال لها أو كانت هي مضاربة ؛ وذلك لأن ردتها لا تؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة ، كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاظها ؛ لأن ذلك بمنزلة الموت .

السبب الخامس : هلاك المال في يد المضارب : إذا هلك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً : بطلت المضاربة ؛ لرواى المال الذي تعلق به العقد ؛ لأن المال المقبوض متعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه ، وهو في ذلك كالودعة إذا هلك في يد الوديع من غير تقصير ، فلا يضمنها . وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة ، والشافعية في الأصح من مذهبه⁽¹⁾ .

أما إذا هلك المال بعد الشراء وقبل دفع الثمن للبائع : بقيت المضاربة على حالها ، وللمضارب أن يرجع بثمن ما اشتراه على رب المال ليسلمه للبائع . وهو قول الحنفية والمالكية⁽²⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 113) والمغني (ج 5 ص 67) وأسهل المدارك (ج 2 ص 354) ونهاية المحتاج وشرح الشبرايملي (ج 5 ص 238) .

(2) البدائع (ج 6 ص 113) وأسهل المدارك (ج 2 ص 354) .

أما الحنابلة فقد ذكر عنهم في ذلك روايتان :

الأولى : إن أجاز رب المال الشراء : فالثمن عليه والمضاربة بحالها ، وإن لم يجزه :
لزم الثمن العامل .

الثانية : لا يلزم الثمن العامل على كل حال . فهو إن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف
المال قبل نقده كان الشراء للمضاربة وعقلها باق ويلزم رب المال الثمن ، ويصير رأس
المال الثمن دون التالف ⁽¹⁾ .

(1) المغني (ج 5 ص 47) .

الجمالة

الجمالة : بكسر الجيم ، وقيل : بالتثنية : أي الضم والفتح والكسر ، ويقال أيضًا : الجميلة يوزن كريمة ، ومعناها : الأجر . أُجِئْتُ لَهُ : أعطيته جُمْلًا ، فاجتمع له : أي أخذه . وكذلك الجُمْلُ بضم الجيم ، يعني الأجر . يقال : جعلت له جُمْلًا . ذلك في اللغة (1) .

والجمالة - في الشرع - هي : التزائم عوض معلوم على عمل معين (2) .
وثبتت شرعية الجمالة بكل من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، فقال تعالى : ﴿ وَلَمَن جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (3)
ويستدل بهذا من يجعلون شَرْعًا من قبلنا شرعًا لنا .

أما السنة فمنها ما أخرجه الترمذي وغيره عن أبي سعيد الخدري قال : بعثنا رسول الله ﷺ في سَرِيَّةٍ فنزلنا بقوم فسألناهم القرى (الضيافة) فلم يقرؤنا ، فُلِدِغَ سيدهم فأتونا فقالوا : هل فيكم من يرقى من العقرب ؟ قلت : نعم ، أنا . ولكن لا أرقيه حتى تعطوننا غنمًا . قال : فأنا أعطيكُم ثلاثين شاة . فقرأت عليه (الحمد لله) سبع مرات . فبرأ وقبضنا الغنم . قال فعرض في أنفسنا منها شيء . فقلنا : لا تعجلوا حتى تأتوا رسول الله ﷺ . قال : فلما قدمنا عليه ذكرت له الذي صنعت . قال : « وما علمت أنها رقية ؟ اقبضوا الغنم واضربوا لي معكم بسهم » (4) .

وكذلك أخرج الترمذي عن أبي سعيد أن ناسًا من أصحاب النبي ﷺ مَرُّوا بحمي من العرب فلم يُقْرِوْهُمْ ولم يضيفوهم ، فاشتكى سيدهم ، فأتونا ، فقالوا : هل عندكم دواء ؟ قلنا : نعم ، ولكن لم تقرؤنا ولم تضيفونا ، فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جُمْلًا ، فجعلوا على ذلك قطيعًا من الغنم . قال : فجعل رجلٌ منا يقرأ عليه بفاتحة الكتاب فبرأ . فلما أتينا النبي ﷺ ذكرنا ذلك له قال : « وما يدريك أنها رقية ؟ » ولم يذكر لهما منه وقال : « كلوا واضربوا لي معكم بسهم » (5) .

ويستنبط من هذا الحديث جواز الجمالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية ،

(1) المصباح المنير (ج 1 ص 111 ، 112) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 429) وكشاف القناع (ج 4 ص 203) وأسهل المدارك (ج 2 ص 343) والأنوار ومعها حاشية الكوثري (ج 1 ص 625) . (3) سورة يوسف الآية (72) .

(4) الترمذي (ج 4 ص 398) . (5) الترمذي (ج 4 ص 399) .

ولأن الحاجة تدعو إليها (الجمالة) في رد ضالة أو أبق ، أو لتحصيل عمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع بذلك . وذلك الذي عليه عامة العلماء ⁽¹⁾ .

أركان الجمالة

للجمالة أربعة أركان نعرض لبيانها في هذا التفصيل :

الركن الأول : الصيغة .

وهي كل لفظ يدل على الإذن في العمل بعوض ملتزم ، سواء كان الإذن عامًا كأن يقول : من رد ضالتي أو أبقني فله كذا ، أو كان خاصًا كأن يقول لشخص : إن رددت ضالتي أو أبقني فلك كذا . أو كان ذلك بطلب كقوله : رد ضالتي أو ضالة فلان ولك كذا . وتصح الصيغة بإشارة الأخرس المفهمة ، فهي تقوم مقام الصيغة ، فلو رده من غلیم بإذنه قبل رده : استحق الجعل الملتزم ، سواء أعلمه بواسطة أم بدونها .

ولو قال : إن رد ضالتي من سمع ندائي فله كذا ، فرده من علم ندائه ولم يسمعه : لم يستحق شيئًا . ولو عمل بلا إذن كأن يعمل قبل النداء : فلا شيء له ؛ لأنه عمل متبرعًا وإن كان معروفاً برّد الضوّال . وكذلك لو أذن لشخص فعمل غيره : لا شيء لواحدٍ منهما ؛ لأن العامل بغير إذن يُعتبر متبرعًا بعمله ، أما المعيّن فلم يعمل ⁽²⁾ .

ويشترط في الصيغة عدم التأقيت . فلو قال : من رد ضالتي أو أبقني اليوم فله كذا : لم يصح ؛ لأنه ربما لا يظفّر به في ذلك اليوم .

ولا يشترط في الجاعل كونه مالكا . فلو قال أجنبي - ليس من عاداته الاستهزاء - : من رد ضالتي أو أبقني فله كذا : فقد استحققه الراد على الأجنبي ؛ لأنه التزمه . ولو قال أجنبي : من رد ضالتي أو أبقني فله كذا ، وكان الأجنبي كاذبًا : لم يستحق العامل عليه ؛ لعدم التزامه .

ولا يشترط قبول العامل لفظًا وإن عينه ، أما في غير المعين فلاستحالة طلب جوابه ، وأما في المعين فليما فيه من التضييق في محل الحاجة ⁽³⁾ . قال صاحب الأنوار في ذلك : لا يشترط القبول لفظًا وإن كان معيّنًا ، فلو ردّ أبقًا أو ضالًا بغير إذن مالكة أو بإذنه بلا

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 429) وكشاف القناع (ج 4 ص 203) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 291) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 429) والأنوار (ج 1 ص 625) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 292) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 430) والأنوار (ج 1 ص 625) وكشاف القناع (ج 4 ص 203) .

التزام : فلا شيء له . ولو قال لزيد : إن رددته فلك دينارًا ، أو قال : رده ولك دينارًا ، فردّه عمرو فلا شيء له ولا لزيد (1) .

الركن الثاني : العائد .

وهو الجاعل والمجعل له ، فيشترط في الملتزم للمجعل مالًا أو غيره - أن يكون مطلق التصرف ، فلا تصح الجمالة من صبيح أو مجنون أو محجور لسفه ، فلورّد الصبيح أو السفينة : استحق أجره المثل ، ولو رد المجنون كان ردّه كرّد الجاهل بالنداء ، أي لم يستحق برّدّه . أما العامل : فإن كان معيّنًا اشترط فيه أهلية العمل ، فيدخل فيه المملوك وغير المكلف بإذن وغيره ، ويخرج عنه العاجز عن العمل كصغير لا يقدر على العمل ؛ لأن منفعته معدومة فأشبه استتجار الأعمى للحفظ . وإن كان مبهمًا كفى علمه بالنداء ، فلو قال : من جاء بآبقي فله دينارًا ، فمن جاءه به استحق الدينار ، سواء كان رجلًا أو امرأة أو صبيًا أو مملوكًا ، عاقلًا أو مجنونًا ، إذا سمع النداء أو علم به ؛ لدخول هؤلاء في عموم قوله : من جاء . وهذا هو المعتمد (2) .

الركن الثالث : العمل .

وهو كل أمر فيه كلفة أو مؤنة ، من ردّ آبقي أو ضالّ أو حج أو خياطة أو تعليم حرفة أو إخبار فيه غرض أو غير ذلك . فلو قال : من ردّ مالي فله كذا ، فردّ من المال في يده : لم يستحق ؛ لأن الدلالة عليه واجبة شرعًا والحالة هذه . ولو قال : من دلّني على مالي ، فإن دلّ من المال في يده : لم يستحق ؛ لأن ذلك واجب عليه شرعًا فلا يأخذ عليه عوضًا . وإن دلّ غيره عليه استحق ؛ لأن الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه . ولو قال : من وجد لقطتي فله دينار ، أو من ردها فله دينارًا ، ولم يكن وجد ، فوجد ورد فقد استحق الدينار .

ولو قال : من أخبرني بكذا فله كذا : لم يستحق الخبير شيئًا في قول . ووجهه : أنه لا يحتاج فيه إلى عمل . وفي قول آخر : إن كان للمستخير غرض في الخبر به : استحق الخبر ، وهو المعتمد (3) . والشرط في ذلك أن يكون الإخبار تعبًا والخبر صادقًا (4) .

(1) الأنوار (ج 1 ص 625) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 430) والأنوار (ج 1 ص 625) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 292) .

(3) الأنوار ومعه حاشية الكمثري (ج 1 ص 626) والنظر مغني المحتاج (ج 2 ص 430) وكشاف القناع (ج 4 ص 203) .

إذا ثبت ذلك فإن الجمالة تصبح على مجهول كرد آبي للحاجة ، وذلك مخصوص بما عسر علمه . فإن سهل علمه فقد تعين ضبطه ؛ إذ لا حاجة إلى احتمال الجهالة ، ففي بناء حائطي بين طوله وعرضه وارتفاعه وموضعه وما يبنى عليه ، وفي الحياطة يعتبر وصف الثوب والحياطة . وكذا كل عمل معلوم يُقابل بأجرة كالحياطة والبناء ، فإنه تصبح عليه الجمالة في الأصح في مذهب الشافعية ؛ لأنه إذا جاز مع الجهالة فمع العلم أولى ، وهو الظاهر من مذهب المالكية أيضًا وكذا الحنابلة ؛ إذ قالوا : لو كان العمل المباح مجهولًا كحياطة ثوب : لم يصفها ، أو ردّ لقطعة : لم يعين موضعها ؛ لأن الجمالة جائزة ، فلكل منهما أن يفسخها . ويصح أن يجاعل على أن يعمل له مدة ولو مجهولة كقوله : من حرس زرعني فله كل يوم كذا ⁽¹⁾ .

على أنه يستوي في العمل الواجب وغيره ، فلو تحبس ظلمًا فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بنجاهه أو غيره : جاز ، وإن كان هذا العمل فرض كفاية ⁽²⁾ .

الركن الرابع : الجمل .

وهو الموضع الذي يستحقه المجهول له ، وشرطه أن يكون مالا معلوما ؛ لأنه عوض كالأجرة . فلو كان الجمل مجهولًا ، كأن يقول : من ردّ ضالتي فله ثوب ، أو قال : سوف أرضيه ، أو نحو ذلك فقد فسد العقد ؛ لجهل الجمل ، وللرأى أجرة مثله كالإجارة الفاسدة . وكذلك لو كان الجمل خمرا أو خنزيرا أو مغبوبا : يُفسد العقد ؛ لنجاسة عين الجمل . ويستثنى من ذلك ما لو قال : جعج عني وأعطيتك نفقتك ؛ فإنه يجوز مع جهالتها (النفقة) . وقيل : هذه أرزاق لا جمالة وإنما يكون جمالة إذا جعله عوضا ، فقال : جعج عني بنفقتك ⁽³⁾ .

على أن الاعتبار بأجرة المثل بالزمان الذي حصل فيه كل العمل لا بالزمان الذي حصل فيه التسليم . ولو قال شخص : من ردّ ضالتي من بلد كذا فله كذا ، فرده العامل من مكان أقرب منه : فله قسطه من الجمل ؛ لأنه يجمل كل الجمل في مقابلة العمل ، فبعضه يكون في مقابلة البعض . وعلى هذا لو ردّه من نصف الطريق مثلا فقد استحق نصف الجمل .

(1) كشاف القناع (ج 4 ص 203) ومعني المحتاج (ج 2 ص 430) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 1

ص 291) . (2) معني المحتاج (ج 2 ص 431) .

(3) معني المحتاج (ج 2 ص 431) وكشاف القناع (ج 4 ص 205) .

وذلك إذا تساوت الطريق من حيث السهولة والحزونة (الغلظة) ، فإن تفاوتت بأن كانت أجرة نصف المسافة ضعف أجرة النصف الآخر ، فيقابلها ثلثا الجمل . ولو قال مكّي : من رد ضالتي أو أبقي من عرفة فله كذا ، فرده من بيني : فإنه يستحق بالقسط ؛ لأن التنصيص على المكان إنما يزداد به الإرشاد إلى موضع الضالة أو الأبق أو مظلته . ولو علم المالك النداء كأن يقول : من رد ضالتي فله كذا . واشترك حينئذ اثنان مثلاً غير معينين في رده : فقد اشتركا في الجمل ؛ لحصول الرد منهما ، والاشتراك فيه على عدد الرؤوس وإن تفاوتا في العمل ؛ لأنه (العمل) لا ينضبط غالباً ، وبخالف هذا ما لو قال : من دخل داري أعطه درهماً ، فدخل داره جمع من الناس : فقد استحق كل واحد درهماً ؛ لأن كان واحد قد دخل .

ولو قال : من حج عني فله دينار ، فحج عنه اثنان معاً : لم يستحق واحد منهما شيئاً ؛ لأن أحدهما ليس أولى من الآخر كالوليّين في عقد النكاح ، فإن سبق أحدهما استحق . ولو قال : من ردّ الآبقين الاثنين من كذا فله دينار ، فردهما سامع من نصف المسافة أو ردّ أحدهما من جميعها : فقد استحق النصف ؛ عملاً بالتوزيع على العمل . وكذلك لو قال لاثنين : إن رددتما الآبقين فلكما كذا ، فرده واحد منهما : فله النصف ، أو رد أحدهما واحداً منهما : فله الربع . ولو قال : أيما رجل ردّ ضالتي ، فله درهم فرداه اثنان : اقتسما الدرهم بينهما .

ولو التزم بجعلاً لمعين كقوله : إن رددت ضالتي فلك دينار ، فشاركه غيره في العمل سواء قصد الغير إعانته بعوض أو بغير عوض - : فإن الجمل كله للمعين ؛ لأن ردّ غير المعين بقصد الإعانة له واقع عنه ، ومقصود المالك أن تُردّ الضالة بأي وجه أمكن ، فلا يُحمّل لفظه (المالك) على قصر العمل على الخطاب . وإن قصد المشاركة للعمل لنفسه أو للمالك أو مطلقاً : كان للأول - وهو المعين - قسطه وهو النصف ؛ إذ القسمة على عدد الرؤوس كما تبين .

ولو شاركه اثنان في الرد فإن قصدا إعانته : فله تمام الجمل ، أو قصدا العمل للمالك : فله ثلثه . ولو قال لزيد : ردّ ضالتي ولك دينار ، فأعانه آخر : فالكل لزيد فقد يحتاج للمعونة ، وغرض الملتزم العمل بأي وجه أمكن ، فلا يحمل على قصر العمل على الخطاب . ويجوز للعامل أن يستعين بغيره إذا لم يكن معيماً وإن لم يعجز ، وإن كان معيماً فهو كالوكيل ، فيجوز أن يستعين به فيما يعجز عنه أو لا يليق به كما يوكل فيه (1) .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 432) والألوار (ج 1 ص 626) وانظر كشف القناع (ج 4 ص 204) .

حكم الجمالة

الجمالة عقد جائز ، ولكل من العاقدین (المالك والعامل) أن يفسخ العقد قبل تمام العمل ؛ لأنها عقد جائز من الطرفين ، أما من جهة الملتزم : فلأن الجمالة تعلیق استحقاتي بشرط ، فأشبهت الوصية ، وأما من جهة العامل : فلأن العمل فيها مجهول ، فأشبهت القراض (المضاربة) .

وعلى هذا فإن الجمالة تنفسخ بفسخ أحد العاقدین أو جنونه وإغمائه أو موته . ولا شيء لما عُجِّلَ بعد موت المالك ولا أثر للفسخ بعد تمام العمل .

ولو فسخ العقد قبل تمام العمل ، فإن فسخ العامل فلا شيء له ؛ لأنه امتنع باختياره ولم يتحصل غرض المالك ، وإن فسخ المالك لزمه أجره مثل ما قبل الفسخ ؛ لاحترام عمل العامل . ولو فسخ العامل والملتزم معاً فإنه ينبغي عدم الاستحقاق ؛ لاجتماع مقتضي والمانع .

وإن عمل العامل شيئاً بعد الفسخ : لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ ، فإن لم يعلم : لم يستحق على المعتمد . وإن مات المالك بعد الشروع في العمل فرده إلى وارثه : وجب قسط ما عمله حال حياته من المسمى ، ولو مات العامل فرده وارثه : استحق القسط أيضاً .

هذا إذا كان العامل معيناً ، أما غير المعين فيظهر أنه يستحق الجميع بعمله وعمل مورثه ، كما لو رده اثنان . ولو فسخ المالك بعد الشروع في العمل ؛ فعليه أجره المثل لما عمله العامل في الأصح ؛ لأن جواز العقد يقتضي التسليط على رفعه ⁽¹⁾ .

وللمالك أن يزيد ويقتصر في العمل الذي شرطه للعامل ، وذلك قبل الفراغ من عمل العامل ، سواء كان قبل الشروع أم بعده . كأن يقول : من رده ضالتي فله عشرة ، ثم يقول : فله خمسة ، أو عكس ذلك ، أو يقول : من رده فله دينار ، ثم يقول : فله درهم ؛ وذلك لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ من المالك في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجره المثل ⁽²⁾ .

ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه : كان جائزاً بغير إذن مالكة ؛ لأنه إحسان إليه . وذلك كدفع الحيوان المأكول إذا خيف موته ، ولا يضمّن ما

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 433) والأنوار (ج 1 ص 627) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 434) والأنوار (ج 1 ص 627 ، 628) .

نقص بموته (ذبحه) ؛ لأنه محسنٌ به .

ولو وقع الحريقُ بدارٍ ونحوها ، فهدمها غيرُ صاحبها بغيرِ إذنه على النار ؛ كيلا تسري النارُ فتحرق ما في الدار وما حولها ، أو هدم قريباً منها إذا لم يقدر على الوصول إليها وخيف تعديها وعثوثها : فإنه لا يضمن .

وكذلك لو رأى السيلُ يقصد الدارَ المؤجرة ، فبادر وهدم الحائط ؛ ليخرج السيلُ ولا يهدم الدارَ : كان محسناً ولا يضمن ^(١) .

الفرق بين الجمالة والإجارة

الجمالة وإن كانت نوعَ إجارةٍ لكن تُخالفها في أشياء هي :

أولاً : جوازُ الجمالة على عمل مجهول .

ثانياً : صحتها مع غير معين ، فالعقد فيها قد يقع لا مع معين كقوله : من فعل كذا فله كذا .

ثالثاً : الجمالة جائزة لا لازمة ، فالفاعلُ فيها لم يلتزم الفعل .

رابعاً : لا يستحق العاملُ الجملَ إلا بالفراغ من العمل ، فلو شرط تعجيلَ الأجرة فسد العقد ^(٢) .

(١) كشف القناع (ج ٤ ص ٢٠٨) وانظر منقبي المحتاج (ج ٢ ص ٤٣٤) .

(٢) كشف القناع (ج ٤ ص ٢٠٥) والأقوال ومعها حاشية المحتاج لإبراهيم (ج ١ ص ٦٢٥) .

السبق

السبق والسباق والمسابقة بمعنى . والسبق - بسكون الباء - : مصدر سَبَقَ . وقد سَبَقَهُ يَسْبِقُهُ سَبْقًا . وهو القُدْمةُ في الجري وفي كل شيء . والجمع : الأسباق والسوابق . والذي يسبق من الخيل : سابق وسبوق . وسابقت الخيل وسابقت بينها : إذا أرسلتها وعليها فرسائها ؛ لتتظر أيها يَسْبِقُ . والسَبَقُ - بالتحريك - : الخطأ الذي يُوَضَّعُ بين أهل السباق ، أو الذي يوضع في النضال والرهان في الخيل ، فمن سبق أخذه ، أو هو ما يُجْعَلُ من المال رهنا على المسابقة ⁽¹⁾ .

وهذا المراد في الشرع وجملته : أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل أو نحو ذلك فيقول : إن سبقتك فكذا ، أما إن سبقتني فكذا . ويسمي أيضًا رهانًا . وبعبارة أخرى : فهو الجمل الذي يَسَابِقُ عليه ، أو هو المال الموضوع بين أهل السباق ⁽²⁾ .

شرعية السبق

شَرَعَ السَّبْقُ بكل من الكتاب والسنة :

أما الكتاب ، فقال تعالى : ﴿ يَتَأَبَّأْنَا إِنَّا ذَهَبْنَا كَسْبِيَّ وَتَرَكَنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتْلُونَا ﴾ ⁽³⁾ . وقوله : ﴿ كَسْبِيَّ ﴾ موضع الاستدلال . والمعنى : ترامي . وقيل : نتضل من السباق في الرمي . والنضال والمناضلة والتناضل : معناها : الرمي أو الترامي . وقيل : نستبق بالعدو (الجري) على الرجل ⁽⁴⁾ .

قال ابن العربي في هذا الشأن : اعلّموا - وفقكم الله - أن المسابقة شرعة في الشريعة وخصلة بدعية وعوّن على الحرب ، وقد فعلها النبي ﷺ بنفسه وبخيله ، وفي ذلك من الفوائد : رياضة النفس والدواب ، وتدريب الأعضاء على التصرف ، ولا مسابقة إلا بين الخيل والإبل خاصة ⁽⁵⁾ .

(1) لسان العرب (ج 10 ص 151) والمصباح المنير (ج 1 ص 284) والقاموس المحيط (ج 3 ص 252) .

(2) البدائع (ج 6 ص 206) وكشاف القناع (ج 4 ص 47) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 423) .

(3) سورة يوسف الآية (17) .

(4) تفسير ابن كثير (ج 2 ص 471) وأحكام القرآن للمجيبين (ج 4 ص 382) وأحكام القرآن لابن العربي (ج 3 ص 1063) .

(5) أحكام القرآن لابن العربي (ج 3 ص 1063 ، 1064) .

أما السنة ، فعنها ما أخرجه الترمذي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أجرى المضمار (بالتشديد) من الخيل من الحفيا إلى ثنية الوداع ، وبينهما ستة أميال ، وما لم يُضْمَر من الخيل من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ، وبينهما ميل ، وكنت فيمن أجرى فوَلِبَ بي فرسي جداراً (1) .

وأخرج الترمذي أيضًا عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا سبق إلا في نَصْلٍ أو خُفٍّ أو حافرٍ » (2) .

وأخرج أبو داود عن عائشة (رضي الله عنها) أنها كانت مع النبي ﷺ في سفر . قالت : فسابقته فسبقتني على رجلي ، فلما حملت اللحم سابقاته فسبقتني ، فقال : « هذه بتلك السابقة » (3) .

وأخرج الدارقطني عن جابر بن عبد الله قال : سبق رسول الله ﷺ بين الخيل ، وكنت على فرسٍ منها فقال : « لا تَزَالُ تَبْضِغُهُ » أي لا تزال تضربه (4) .

وأخرج الدارقطني أيضًا عن أبي البید لمازة بن زبار قال : أرسلت الخيل من الحجاج والحكم بن أيوب على البصرة فأتينا الرهان ، فلما جاءت الخيل قلنا : لو ملنا إلى أنس بن مالك فسألناه أكانوا يراهنون على عهد رسول الله ﷺ ؟ قال : فملنا إليه وهو في قَصْرِه بالزاوية قلنا : يا أبا حمزة ، أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ ، أو كان رسول الله ﷺ يراهن ؟ قال : نعم ، والله لقد راهن رسول الله ﷺ على فرس يقال له : سبخة . فجاءت سابقةً فَبْهَشَ (5) لذلك وأعجبه (6) .

وأخرج الدارقطني عن سعيد بن المسيب قال : إن العضباء ناقة رسول الله ﷺ كانت لا تُسَبِّقُ كلما دُفِعت في سباق ، فدفعت يومًا في إبل فسبقت فكانت على المسلمين كتابةً أن سبقت . فقال رسول الله ﷺ : « إن الناس إذا رفعوا شيئاً أو أرادوا رفع شيء ، وضعه الله » (7) . يُستدل بذلك كله على شرعية سبق ، وكذا المناضلة على السهام ونحوها ، وهي (المناضلة) المراماة والمغالبة .

وكلٌّ من المسابقة والمناضلة سُئِلَ في حق الرجال المسلمين غير ذوي الأعذار . وإن

(1) ، (2) الترمذي (ج 4 ص 205) . (3) أبو داود (ج 3 ص 30) .

(4) الدارقطني (ج 4 ص 301) .

(5) بَهَشَ : تَهَيَّأَ للضحك . وبهش إلى الشيء : ارتاح له . وبهش : فَرَحَ وابتهج . انظر المعجم الوسيط

(ج 1 ص 74) . (6) الدارقطني (ج 4 ص 301) . (7) الدارقطني (ج 4 ص 302) .

قُصِدَ بهما (المسابقة والمناضلة) الجهادُ كانا سنةً بالإجماع ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ ⁽¹⁾ وقيل : هما فرض كفاية ؛ لأنهما من وسائل الجهاد ، وما لا يَتَوَصَّلُ إلى الواجب إلا به فهو واجب ، والأمر بالمسابقة يقتضيه .

أما إن قُصِدَ بالسبق والمناضلة غيرُ الجهاد كانا مباحين ، وإن قصد بهما مُحَرَّمًا كقطع الطريق ونحو ذلك حَرَّمًا .

ويجوز الاستباقُ بغير عوض وكذا بعوض ؛ لما في ذلك من ترغيب في الجهاد ، ويكون الاستباقُ على الأقدام وبين سائر الحيوانات من إبل وبغل وحمير وفيلة وطيور كحمام وغيره ؛ على الخلاف في ذلك وهو ما نبينه في الفقرات التالية ، وكذلك بين سفين ومجانيق ورمي أحجار ومقاليع .

على أن الرمي أفضلُ أسباب الجهاد ، وهو ظاهرةٌ من ظواهر القوة والاشتداد في الحرب لتحصيل الغلبة وقهر العدو . ويكره لمن علم الرمي أن يتركه كراهةً شديدة ⁽²⁾ . وفي ذلك أخرج أبو داود عن عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله عز وجل يُذْخِلُ بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة : صانعه يحسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنبله ، وأژموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا . ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، وزمّته بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمي بعد ما عَلِمَهُ رغبةً عنه ، فإنها نعمة تركها » أو قال : « كفرها » ⁽³⁾ .

وكذلك أخرج أبو داود عن عقبة بن عامر الجهني قال : سمعت رسول الله ﷺ وهو على المنبر يقول : « ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ ﴾ ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي » ⁽⁴⁾ .

ويُكره كلُّ ما يُسْتَعَى لعبًا إلا ما كان مُعِينًا على قتال العدو ، فيكره اللعبُ بأرجوحة ونحوها إلا ما كان للصغار ، وكذا مراماةُ الأحجار ونحوها ، وهو أن يرمي كلُّ واحد منهما الحجرَ إلى صاحبه ، فإن كلاً منهما يحرص على إصابة صاحبه ، فيضربه وذلك كاللكام ⁽⁵⁾ . ومن وثب وثبةً مَرَحًا ولعبًا بلا نفع فانقلب فتضرر : فقد عصي .

(1) سورة الأنفال الآية (60) .

(2) معنى المحتاج (ج 4 ص 311) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 423) وكشاف القناع (ج 4 ص 47) وأحكام القرآن لابن العربي (ج 3 ص 1064) . (3) ، (4) أبو داود (ج 3 ص 13) .

(5) اللكام : من اللكم . لكّمه : ضربه بجميع كَفّه . انظر مختار الصحاح (ص 603) .

ولا تجوز المسابقة على اللعب بكثرة بعوض ولا على بندق يرمى به إلى حفرة ونحوها ، ولا على سباحة في الماء ، ولا على شطرنج ، ولا على معرفة ما في يده من شفع ووتر ، وكذا سائر أنواع اللعب كالمسابقة على الأقدام وبالسفن والزوارق ؛ لأن هذه الأمور لا تنفع في الحرب . هذا إذا عقد عليها بعوض وإلا فاللعب بها مباح .

وتصبح المسابقة بعوض وغيره على خيل أو إبل ، وذلك للخبر : « لا سبق إلا في خُفٍّ أو حافر » وتصبح كذلك على فيل وبغل وحمار بعوض وغيره في الأصح من مذهب الشافعية . وهو قول الحنابلة ⁽¹⁾ خلافاً للحنفية في ظاهر مذهبهم ؛ إذ قَصَرُوا والجواز على الخيل والإبل والتَّضليل والقدم ؛ لورود الأخبار في ذلك ⁽²⁾ ، ولأن المقاتل عليها غالباً ، أما بغير عوض فيجوز . وهو قول الشافعية الثاني .

ولا يجوز السبق أيضاً على الكلاب ومناطحة الكباش لا بعوض ولا بغيره ؛ لأن فغل ذلك متفق . ولا على طير ولا صرّاع ، فلا تجوز المسابقة في ذلك بعوض في الأصح من مذهب الشافعية ، والظاهر من مذهب الحنفية ⁽³⁾ بخلاف الحنابلة فإن ذلك يجوز ، وهو القول الثاني للشافعية . ووجه هذا في الطير : من أجل الحاجة إليها في الحرب لإنهاء الأخبار ، أما الصرّاع فوجهه : أن النبي ﷺ صارع ركاةً على شيطائه ⁽⁴⁾ .

أما إن كان ذلك بغير عوض فهو جائز جزئاً ، وكذلك ما لا ينفع في الحرب كالمسابقة على البقر فإنها تجوز بلا عوض ⁽⁵⁾ . إلا أن الحنفية لم يجيزوا المسابقة إلا في أربعة وهي : النصل ، والخف ، والحافر ، والقدم ؛ وذلك للخبر في هذه الأشياء . وما سوى ذلك من أنواع المسابقة لا يجوز ؛ لأنه لعب وللعب حرام إلا ملاعبة الرجل امرأته أو فرسه ؛ للتنصيص على ذلك ⁽⁶⁾ .

وكل فعل أفضى إلى محرم لا يجوز ، وقد حرمه الشرع ؛ لأنه يكون سبباً للشر والفساد . ومن مقتضى ذلك : أن ما يُلهي عن الطاعات ويشتغلُ الذهنَ والبالَ عن الواجبات وفعل الخيرات - فهو حرام . ومن جملة ذلك : التلهي باللعب بالكرة إن كان

(1) مغني المحتاج (ج 4 ص 311) وكشاف القناع (ج 4 ص 47) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 424) .

(2) البدائع (ج 6 ص 206) .

(3) مغني المحتاج (ج 4 ص 311) والبدائع (ج 6 ص 206) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 424) .

(4) كشاف القناع (ج 4 ص 47) ومغني المحتاج (ج 4 ص 311) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 424) .

(5) مغني المحتاج (ج 4 ص 312) .

(6) البدائع (ج 6 ص 206) .

في ذلك ما يستجمع أذهانَ الناس وقلوبهم نحو هذه اللعبة التي باتت في عصرنا الراهن تهوي إليها قلوب كثير من الناس الذين تتشدد إليها أعصابهم انشدادًا وفي ساعات طوال من النهار أو الليل ، فينشغلون عن الواجبات والطاعات .

وهو ما نجده في الجماهير الكثيرة التي تتحشّد في جموع لاهية تائهة جامحة حول لعبة الكرة ، سواء في ذلك المشاهدة المباشرة أو من خلال وسائل الإعلام ، وذلك في غمرة صاخبة من الهوس الفائر المحموم أو الولع المضلل المشبوب ، وهو ولع يشدّ الذهن والقلب شدًّا ، وفي ذلك ما يحيد بالمسلمين عما يناط بهم من واجبات كبريات ثقال كوجائب الصلاة والجهاد والتعاون والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك من وجوه الطاعات والخيرات .

وفي الجملة : فإنه يستثنى من اللعب ما فيه مصلحة شرعية ، ويدخل فيه تعليم الكلاب للصيد والحراسة وتعليم السباحة ، وكذلك المصارعة ، ويجوز رفع الحجر لمعرفة الأشد ؛ لأنه في معنى المصارعة . وقد ذهب إلى ذلك الحنابلة ، وهو القول الثاني للشافعية ؛ إذ ذهبوا إلى جواز ذلك بعوض أو بغيره .

أما اللعب بالترد والشطرنج ونطاح الكباش ونحو ذلك من نطاح المراكب والحافلات ، فلا يباح بحال ، لا بعوض ولا بغيره ؛ لأن ذلك ملهأة للذهن والقلب بما يشغلها عن ذكر الله وفعل الواجبات والطاعات . وفي الصحيح من مذهب الشافعية أنه يجوز السباق بمثل ذلك إن كان بغير عوض (1) .

والراجح عندي : القول بالتحريم ، بعوض وبغيره ؛ وذلك للوجه الذي بيناه ، وهو إفضاء اللعب بذلك إلى شغل الذهن والقلب عن ذكر الله وإلى التلهي عن الواجبات والطاعات ؛ ويؤيد ذلك ما أخرجه النسائي عن جابر بن عبد الله وجابر بن عمير عن النبي ﷺ : « كلُّ شيء ليس من ذكر الله لهو ولعب ، إلا أن يكون أربعة : ملاعبة الرجل امرأته ، وتأديب الرجل فرسه ، ومشى الرجل بين الغرضين ، وتعليم الرجل السباحة » (2) .

(1) كشف القناع (ج 4 ص 47 ، 48) ومغني المحتاج (ج 4 ص 311 ، 312) وحاشية البشراقوي (ج 2 ص 425) .

(2) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 281) .

شروط السبق

يُشترط لجواز السبق أو المسابقة جملة شروط هي :

الشرط الأول : علم المبدأ يبدأ منه الراكبان أو الراميان ، أي الموقف الذي يبتدئان الجري منه أو الرمي ، وكذا علم الغاية التي يجريان إليها ، وكذا الراميان إن دُكرت لهما غاية ، ويدخل في إطلاق الغاية صورتان :

الأولى : أن يكون ذلك إما بتعيين الابتداء والانتهاء ، وإما مسافة يتفان عليها مدروعة (من الدرع) أو مشهورة (من الشهر) .

الثانية : أن يُعيّن الابتداء والانتهاء ويقولوا : إن اتفق السبق عندها فذاك ، وإلا فغابتا موضع كذا ، فإنه يجوز . فإن لم يميّنا غاية وشرطا المال لمن سبق منهما : لم يصح . على أنه يُشترط في المتسابقين أن يتساويا في الموقف والغاية . فلو شُرط تقدّم موقف أحدهما أو تقدّم غايته : لم يُجْز ، لأن المقصود معرفة فروسية الفارسين وجودة جري الدابة ، ولا يُعرف ذلك مع تفاوت المسافة ؛ لاحتمال أن يكون السبق لقرب المسافة لا لحذقي الفارس ولا لفراة الدابة . على أن الراميين لا يُشترط العلم بالغاية في حقهما ، فلو تناضلا على أن يكون السبق لأيهما رثيا ولا غاية : فإنه يصح العقد .

ويُشترط في الرمي استواء القوسين في الشدة واللين ، وكذا استواء السهمين في الخفة والوزانة . وعلى هذا فذكر الغاية ليس بشرط في الرمي ، فلو شرطا أن العوض لأيهما رميا : فإنه يجوز ^(١) .

الشرط الثاني : أن يكون المقصود عليه غنّة للقتال . فيكون في الأنواع الأربعة وهي : الحافر ، والخف ، والنصل ، والقدم . لا في غير ذلك ؛ وذلك للخبر : « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر » ^(٢) . وقد زيد على ذلك السبق في القدم ؛ لحديث عائشة (رضي الله عنها) إذ كانت مع النبي ﷺ في سفر فقالت : فسابقته فسبقته على رجلي ، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال : « هذه بتلك السبقة » ^(٣) .

(١) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٣) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ٤٢٧) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٤٩) .

(٢) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة (ج ٤ ص ٢٥٥) .

(٣) أخرجه أبو داود (ج ٣ ص ٢٩ ، ٣٠) .

أما ما وراء ذلك فإنه يبقى على أصل النفي ، ولأنه لعبٌ وللعبٍ حرام في الأصل إلا أن اللعب بهذه الأشياء المذكورة صار مستثنى من التحريم شرعاً ، ولأن الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها ، وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة .

واللعب إن تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً ، ولهذا استثنى ملاعبة الأهل ؛ لأن ذلك يفضي إلى عاقبة حميدة ، وهو انبعاث الشهوة الداعية للطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى ، وغير ذلك من العواقب الحميدة . وذلك الذي عليه الحنفية والشافعية (1) .

الشرط الثالث : تعيين الفرسين ، أو غيرهما من الدواب ؛ لأن الغرض معرفة سائرهما وهي تقتضي التعيين . ويكفي وصفهما في الذمة ؛ لأن الوصف يقوم مقام التعيين كما في السلم ، وهما يتبينان بالتعيين فلا يجوز إبدالهما ولا أحدهما لاختلاف الغرض ، فإن وقع هلاك عليهما أو أحدهما : انفسخ العقد .

وجملة القول : أنه يجب تعيين المركوبين بالرؤية سواء كانا اثنين أو جماعتين ؛ لأن المقصود في المسابقة معرفة سرعة غزو المركوبين اللذين يسابق عليهما ، وفي المناضلة معرفة جذقي الرماة ، ولا يحصل ذلك إلا بالتعيين بالرؤية ؛ لأن المقصود معرفة جري مركوب بعينه ومعرفة جذقي رام بعينه ، لا معرفة جري مركوب في الجملة أو جذقي رام في الجملة .

فلو عقد اثنان مسابقة على خيل غير معينة أو مناضلة ومع كل منهما نفر غير معين : لم يجز . ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين ولا السهام ؛ لأن الغرض معرفة غزو الفرس أو غيرها من الدواب ، وكذا معرفة حذق الرامي دون الراكب والقوس والسهم ؛ لأنها آلة المقصود منها ما ذكر فلا يشترط تعيينها (2) .

الشرط الرابع : إمكان السبق من كل واحد من الفرسين . والمراد بالإمكان : الغالب ، فإن أمكن نادراً : لم يصح في الأصح عند الشافعية . وعلى هذا لا تجوز المسابقة بين الخيل والإبل ، ولا بين الخيل والحمير ، أما بين البغل والحمار فيجوز على الأصح ؛ لتقاربهما (3) .

وبمثل ذلك في الجملة قالت الحنفية ؛ إذ اشترطوا أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يشبِق ويُشَبَق من الأشياء الأربعة ، حتى لو كانت فيما يُقَلَّم أنه يسبق غالباً : لا يجوز ؛ لأن معنى التحريض في هذه الصور لا يتحقق فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه ،

(1) البدائع (ج 6 ص 206) ومعني المحتاج (ج 4 ص 313) .

(2) معني المحتاج (ج 4 ص 313) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 426) وكشاف القناع (ج 4 ص 49) .

فيكون عبيثًا ولعبيثًا^(١) .

الشرط الخامس : أن يركبا المركبتين ولا يرسلاهما . فلو شرطاً إرسالهما ؛ ليجريا بأنفسهما ؛ لم يصح ؛ لأنهما يتفيران بالإرسال ولا يقصدان الغاية . وذلك بخلاف الطيور إذا أُجيزت المسابقة عليها ؛ لأن الطيور لها هداية إلى قصد الغاية بنفسها^(٢) .

الشرط السادس : تعيين الراكبين . فلو شرط كل منهما أن يؤكّب دابته من شاء ؛ لم يجز حتى يتعين الراكبان^(٣) .

الشرط السابع : العلم بالمال المشروط . أي أن يكون العوض معلومًا ، وذلك من حيث الجنس والقدّر والصفة كسائر الأعراض ، وسواء كان عبيثًا أو دهيًا ، حالاً أو مؤجلًا ، أو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلًا . فإن كان العوض معينًا فإنه تكفي رؤيته ، فلا يصح عقد بمال مجهول كتوب غير موصوف ، فإن كان لأحدهما على الآخر مالٌ في ذمته وجعله عوضًا ؛ جاز ؛ بناءً على جواز الاعتياض عنه .

ويشترط أن يكون العوض مباحًا ، فلا يصح بما ليس بمال كالكلب والخمر والخنزير^(٤) .

الشرط الثامن : الخروج عن شبه القمار ؛ لأن القمار محرمٌ ، فما يشبهه يكون أيضًا محرّمًا . وعلى هذا يجوز إخراج المال في المسابقة من غير المتسابقين ، كأن يقول الإمام : من سبق منكما فله في بيت المال كذا ، ويكون ما يخرج من بيت المال من سهم المصالح . أو قال أحد الرعية : من سبق منكما فله علي كذا .

وإنما صح هذا الشرط ؛ لما فيه من التحريض على أسباب القتال ، ولأنه تذلُّ مالٍ في طاعة . ويجوز أيضًا شرطُ المال من أحدهما فقط فيقول : إن سبقتني فلك علي كذا ، وإن سبقتك فلا شيء عليك ؛ وذلك لانتفاء صورة القمار المحرمة^(٥) .

الشرط التاسع : وجود المحلل - بالكسر - إذا كان المال من المتسابقين جميعًا ، والمحلل هو الذي يجعل الممتنع جَلًّا ؛ لأنه يُجِلُّ العقد ويخرجه عن صور القمار المحرم . فإن شرطًا شرطًا في عقد المسابقة أن من سبق منهما فله على الآخر كذا ؛ لم يصح

(١) البدائع (ج ٦ ص ٢٠٦) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٣) .

(٣) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٣) .

(٤) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٣) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٥٠) .

(٥) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٣) وكشاف القناع (ج ٤ ص ٥٠) والبدائع (ج ٦ ص ٢٠٦) .

هذا الشرط إلا بمحلل يكون فرسه كُفِّقاً لفرسيهما أو دابته لدايتيهما ، فيَقْتَمُ إن سبق ولا يغرَم إن كان مسبوقاً ، أي إن سبقهما المحلل أخذ المائتين ، وإن سبقاه وجاءا معاً فلا شيء لأحد ، وإن جاء المحلل مع أحدهما فمال هذا لنفسه ، ومال المتأخر للمحلل والذي معه . فيجوز ذلك ؛ لخروجه عن صورة القمار ، على أنه لا يُشترط أن يكون بين كل اثنين محلل ، بل يكفي المحلل لجماعة وإن كثروا ⁽¹⁾ .

وعلى هذا إذا أخرج المتسابقان معاً : لم يجر وكان ذلك قماراً ؛ لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرَم ، وم سواء كان ما أخرجاه متساوياً أو متفاوتاً ؛ كأن يُخرِج أحدهما عشرة ويخرج الآخر خمسة ، فإن ذلك لا يجوز إلا بمحلل لا يُخرِج شيئاً ، وذلك لما أخرجهُ أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « من أدخل فرساً بين فرسين » يعني : وهو لا يؤمن أن يسبق ؛ فليس بقمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار ، ⁽²⁾ .

فقد جعله قماراً إذا آمن السبق ؛ لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرَم ، وإذا لم يأمن أن يسبق : لم يكن قماراً ؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو من ذلك ⁽³⁾ . قال صاحب البدائع في هذا المعنى : أن يكون الخطر فيه (السباق) من أحد الجانبين إلا إذا وجد فيه محلاً ، حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعاً ولم يدخل فيه محلاً : لا يجوز ؛ لأنه في معنى القمار . نحو أن يقول أحدهما لصاحبه : إن سبقتني فلك عليّ كذا ، وإن سبقتك فلي عليك كذا ، فقبل الآخر .

ولو قال أحدهما لصاحبه : إن سبقتني فلك كذا ، وإن سبقتك فلا شيء عليك : فهو جائز ؛ لأن الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار ، فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه ، وذلك مشروع كالتفيل من الإمام بل أولى ؛ لأن هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل ، والإمام بالتفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق في الجملة ، وهو الغنيمة . فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى .

وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخل فيه محلاً بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ، ولا خطر من الثالث بل إن سبق أخذ الخطر ، وإن لم يسبق لا

(1) مني المحتاج (ج 4 ص 314) وكشاف القناع (ج 4 ص 50) .

(2) أبو داود (ج 3 ص 30) . (3) كشاف القناع (ج 4 ص 50 ، 51) .

يُغْزَمُ شَيْقًا ، فهذا مما لا بأس به أيضًا . وكذلك ما يفعله السلاطين ، وهو أن يقول السلطان لرجلين : من سبق منكما فله كذا ، فهو جائز .

ثم الإمام إذا حرض واحدًا من الغزاة على الجهاد بأن قال : من دخل هذا الحصن أولاً فله من النفل كذا : جاز هذا بل أولى ^(١) .

الشرط العاشر : اجتناب شرط مُقْسِد . كأن يقول : إن سبقتني فلك هذا الدينار بشرط أن تُطويته أصحابك : فقد فسد العقد ؛ لأنه تمليك بشرط يمتنع كمال التصرف ، فصار كما لو باعه شَيْقًا بشرط أن لا يبيعه ^(٢) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ٢٠٦) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٤) .

المناضلة وشروطها

المناضلة : الرمي . ناضلته مناضلة ونضالاً : أي راميته ، وقَضَلْتُهُ نَضْلاً : أي غلبته في الرمي . وتناضل القوم : تراموا للسبق (1) .

وحكم المناضلة في العوض مثل حكم الحيل والإبل فيما تقدم ذكره في السبق وتصح المناضلة بين شخصين اثنين ، وبين حزين .

ويشترط لجوازها فوق ما بيناه سابقاً جملة شروط أخرى هي :

الشرط الأول : أن تكون على من يُخسِرُ الرمي ؛ لأن الغرض هو معرفة الحَدِّقِ به (الرمي) ، ومن لا حَدِّقُ له فوجوده كعدمه . فإن كان في أحد الحزين من لا يحسن الرمي : بطل العقد فيه وأُخرج من الحزب الآخر مثله في ذلك كالبيع إذا بطل في بعض المبيع بطل فيما يقابله من الثمن .

ولكل حزب الفسخ إن أُخْبِرَا ؛ وذلك لتبويض الصفقة في حقهم . ولا يصح أن يعقدا المناضلة ليقسما بقرعة ؛ لأنها (القرعة) قد تقع على الحَدِّقِ دون غيرهم في أحد الحزين .

الشرط الثاني : بيان عدد الرمي بين الراييين لينضبط العمل . وذلك أن المناضلة كالميدان في المسابقة ، فيجوز أن يشترطا رمي سهم سهم أو أكثر من ذلك ، ويجوز أن يشترطا تقدّم واحدٍ بجميع سهامه ، ولو كان عدد الرمي مجهولاً لأفضى ذلك إلى الاختلاف .

الشرط الثالث : معرفة نوع الرمي ، هل هو مفاضلة ومحاطة أو مبادرة ؟ لأن غرض الرماة يختلف ، فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء ، ومنهم من هو بالعكس . فوجب اشتراط ذلك ؛ ليعلم ما دخل فيه .

أما المفاضلة فهي أن يقولوا : أبتا فَضَّلَ صاحبه بإصابة أو إصابتين أو ثلاث إصابات ونحوه من عشرين رمية ، فقد سبق . فأيهما فَضَّلَ صاحبه بذلك فهو السابق ؛ لوجود الشرط . وتسمى المفاضلة : محاطة بتشديد الطاء ، لأن ما تماويا فيه من الإصابة محطوطٌ غيرٌ معتدٌ به . وقيل غير ذلك .

والمبادرة أن يقولوا : من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية ، فقد سبق .

(1) المصباح المنير (ج 2 ص 280) .

فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق ؛ لوجود الشرط . ولا يلزم إذا سبق إليها واحد إتمام الرمي عشرين ؛ لأن السبق قد حصل بسبقه إلى ما شرطا السبق إليه . ولا يجوز أن يقولوا : نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ، ولا من خرجت قرعته فالسبق عليه ؛ لأنه لا يحصل به الغرض المقصود من النضال .

الشرط الرابع : معرفة قدر الغرض طولاً وعرضاً وسفكاً وارتفاعاً من الأرض ؛ لأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك فوجب العلم به ، وهو أشبه تعيين النوع .

والغرض : هو ما يُنصب في الهدف من قرطاس أو جلد أو خشب أو غير ذلك ، شئ غرضاً ؛ لأنه يُقصد ، ويسمى أيضاً : إشارة . والقرطاس : هو كل أديم ينصب للنضال ، والهدف : ما ينصب الغرض عليه ؛ إما تراب مجموع أو حائط أو غير ذلك . ولا يُعتبر لصحة النضال ذكر المبتدئ منهما بالرمي فكثير من الرماة يختار التأخر .

الشرط الخامس : بيان مسافة الرمي . وهي ما بين موقف الرامي والغرض ؛ وذلك لاختلاف الغرض بها ، وبيانها إما بالذرعان أو بالمشاهدة ، ومحل اشتراط ذلك ما إذا لم يكن ثمة عادة غالبية في ذلك ، فإن كانت عادة نزل المطلق عليها ^(١) .

* * *

(١) كشف القناع (ج ٤ ص ٥٤ - ٥٨) ومغني المحتاج (ج ٤ ص ٣١٥ ، ٣١٦) .

الشفعة

الشفعة - في اللغة - بمعنى الزيادة ، سُميت بذلك ؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به ، كأنه كان واحداً وثراً فصار زوجاً شقفاً . أو هي أن يشفعك فيما تطالب حتى تضم إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها (1) .

والشفعة - في الشرع - : ثمة تعريفات عديدة ومتقاربة لأهل العلم من الفقهاء تفضي إلى المراد بالشفعة في عرف الشرع :

فقد عرفها صاحب المغني بأنها : استحقات الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه (2) .

وعرفها الشرقاوي في حاشيته بأنها : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض (3) .

وعرفها صاحب شرح العناية على الهداية بأنها : تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار (4) .

وبيان المقصود من ذلك : أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكّن من بيعه لشريكه وتخليصه من احتمال الضرر يَحِقُّ به من مشتر حادث ، فإن ما يقتضيه حسنُ العشرة وسلامة القصد والرغبة في بذل الخير والمعروف أن يبيع من شريكه ليصل هو إلى غرضه من بيع نصيبه ، ولئلا يقع شريكه في ضرر ، فإذا لم يفعل ذلك وباعه للأجنبي سلط الشرعُ الشريك على صرف ذلك إلى نفسه (5) .

شوعية الشفعة

ثبتت شرعية الشفعة بكل من السنة والإجماع والمعقول :

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال :

(1) لسان العرب (ج 8 ص 184) .

(2) المغني (ج 5 ص 307) وكشاف القناع (ج 4 ص 134) .

(3) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 142) .

(4) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية للباقر (ج 9 ص 369) .

(5) المغني (ج 5 ص 307) .

« قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِفَت الطرق فلا شفعة » (1) .

وأخرج البخاري عن أبي رافع مولي النبي ﷺ إذ قال لسعد بن أبي وقاص : ائْتِغ مني يتي في دارك ، ولولا أنني سمعت النبي ﷺ يقول : « الجارُ أحقُّ بشَقِيهِ » (2) ما أعطيتُكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاهما إياه (3) .

وأخرج مسلم عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من كان له شريك في رُبْعَةٍ (4) أو نخل ؛ فليس له أن يبيع حتى يؤذَنَ شريكه ، فإن رضيَ أخذ ، وإن كره ترك » (5) .

وأخرج مسلم عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلِّ شركةٍ لم تُقسَم : رُبْعٌ أو حائِطٌ . لا يَحِلُّ له أن يبيع حتى يؤذَنَ شريكه ؛ فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقُّ به » (6) .

وأخرج مسلم كذلك عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعةُ في كلِّ شركٍ : في أرضٍ أو ربعٍ أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يقرضَ على شريكه فيأخذ أو يَدْعُ ، فإن أوى فشريكه أحقُّ به حتى يؤذنه » (7) .

وأخرج الترمذي عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : « جارُ الدارِ أحقُّ بالدار » (8) .
وأخرج الترمذي عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجارُ أحقُّ بشَقِيهِ ينتظر به وإن كان غائبا ، إذا كان طريقَهُما واحداً » (9) .

وأخرج الترمذي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الشريكُ شفيعٌ ، والشفعةُ في كلِّ شيء » (10) .

أما الإجماع ، فقد حكى ابن المنذر الإجماع في الشفعة ؛ إذ قال : أجمع أهل العلم

(1) البخاري (ج 3 ص 114) .

(2) الشَّقْبُ - مفتحين - : معناه : القُرب . النظر مختار الصحاح (ص 303) .

(3) البخاري (ج 3 ص 115) .

(4) الرُبْعَةُ : مؤنث الرُبْع ، والرُّبع : يعني الدار بعينها حيث كانت ، وكذا المَحَلَّة . والجمع : رباع ، ورُبوع ، وأرباع وأرْبَع . النظر مختار الصحاح (ص 229) . (5 - 7) مسلم (ج 5 ص 57) .

(8) الترمذي (ج 3 ص 650) .

(9) الترمذي (ج 3 ص 651) .

(10) الترمذي (ج 3 ص 654) .

على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يُقايِم فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط ⁽¹⁾ .
أما المَقُول ، فهو أن دفع الضرر عن الشريك أو الجار الأصيل واجب ، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفع بملك المبيع ، وهذا الاتصال هو سبب الشفعة ، وهي إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل ، وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة . حتى قيل : إن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة .

وبعبارة أخرى أوجز وهي : أن المقصود من الشفعة هو دفع ضرر المشاركة . وقيل : ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق بعد القسمة ⁽²⁾ .

أركان الشفعة

للشفعة أركان ثلاثة نعرض لبيانها في هذا التفصيل :

الركن الأول : المأخوذ .

وهو المشفوع فيه ، ويُشترط فيه جملة شروط منها :

أولاً : أن يكون عقاراً . فإنه لا تثبت الشفعة في المنقولات كالحيوان والثياب والسفن وغيرها ، سواء بيعت وحدها أو مع أرض ؛ وذلك لحديث جابر : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِفَت الطرق فلا شفعة » ⁽³⁾ ، وهذا لا يكون في المنقولات ، وكذا لأن المنقول لا يدوم خلافاً للعقار فإنه يتأبد فيه ضرر المشاركة .
ومن أجل ذلك فإن الشفعة تُملك بالقهر وهي مشروعة عند شدة الضرر ، وهي تثبت في أرض وما فيها من بناء وتوابعه الداخلية في مطلق البيع من أبواب وزُفُوف ومسامير ومفاتيح ، وكذا الشجر التابع للأرض . على أن المنقول المثبت للدوام كالأبنية والأشجار إذا بيع مفرداً فلا تثبت فيه الشفعة ، أما إن بيع مع الأرض فإنه تثبت فيه الشفعة تبعاً ⁽⁴⁾ .
ولو كان على الشجرة ثمرة مؤنزة ⁽⁵⁾ وأدخلت في البيع شرطاً : لم تثبت فيها

(1) المغني (ج 5 ص 307) ومغني المحتاج (ج 2 ص 296) .

(2) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 369 ، 370) ومغني المحتاج (ج 2 ص 296) .

(3) سبق تخريجه .

(4) الأنوار (ج 1 ص 555) ومغني المحتاج (ج 2 ص 296) وبداية المجتهد (ج 2 ص 229) .

(5) مؤنزة : أي النخل لفتح أصلحه . وتأثير النخل : تلقيحه . يقال : نخلة مؤنزة بالتشديد والاسم : الإبار .

انظر مختار الصحاح (ص 2) .

الشفعة، وإن لم تكن مؤبرة : دخلت في البيع وتثبت فيها الشفعة ⁽¹⁾ . ونعرض لتفصيل ذلك في الشروط التي تثبت بها الشفعة .

ثانياً : أن يكون العقار ثابتاً . وعلى هذا لا شفعة في حجرة بنيت على سَقْفٍ غير مشترك ، بأن اختص به أحد الشريكين فيها أو غيرهما ، فإنه لا أرض لها ، فهي بذلك كالمقولات . وكذا السقف المشترك ؛ لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له أيضاً . وقيل : يجعل سقف الحجرة كالأرض فتصح فيها الشفعة ⁽²⁾ .

ثالثاً : أن يكون العقار منقسماً . أي أن يكون قابلاً للقسمة ؛ لأن كل ما لو قُسم فبطلت منفعة لا شفعة فيه ، وذلك كالتاحونة أو الدكان أو الطريق لو قسمت اثنتين لا تصلح للمنفعة ، فلا تصلح التاحونة لو قُسمت طاحرتين ، ولا الدكان لو قسم دكانين ، ولا الطريق لو قسمت طريقين .

أما إذا أمكنت القسمة بحيث يكون كل منهما قسمين صالحين : جازت الشفعة ، على أن القول بعدم الصحة مبني على ضرر مؤنة القسمة ، فالعلة هي دفع مؤنة القسمة أو استحداث المرافق كالمصعد والنور والبالوعة في الحصة الصائر إليها - وهو قول الشافعية والمالكية في المشهور عنهم ، والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم وهي الأظهر في المذهب .

وجملة ذلك : أن محل جواز الأخذ بالشفعة إما يكون فيما ينقسم من العقار ، فإن لم يقبل القسمة أو قبلها بفساد المقسوم كالحمام والفرن ودار صغيرة ونحو ذلك ، فلا شفعة ⁽³⁾ .

الركن الثاني : الأخذ .

وهو الشافع ؛ وفيه شرطان :

أحدهما : أن يكون شريكاً . فإنه لا شفعة إلا لشريك في ربة العقار فلا تثبت للجار وهو قول الشافعية والمالكية خلافاً للحنفية وهو ما نعرض لتفصيله في سبب الشفعة .

واحتج الشافعية لذلك بحديث مسلم عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ

(1) الأنوار (ج 1 ص 555) ومغني المحتاج (ج 2 ص 296) والمغني (ج 5 ص 311) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 144) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 556) ومغني المحتاج (ج 2 ص 297) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 227) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 556) والمغني (ج 5 ص 313) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 228) .

بالشفعة في كل شركة لم تُقسَم : رُبْعَةٌ أو حائِطٌ ، لا يَجُلُّ له أن يبيع حتى يُؤذَنَ شريكه ؛ فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع . لم يُؤذَنه فهو أحقُّ به « (1) .

ثانيهما : أن يكون شريكاً في الرقبة لا المنفعة . فإنه لا شفعة في المنفعة ، وعلى هذا فإنه لا شفعة للمستأجر والمُوصى له بالمنفعة مؤقتاً أو مؤبداً ، وكذا لا شفعة لصاحب يثْقَصُ (2) من أرض مشتركة موقوف عليه إذا باع شريكه نصيبه ؛ لامتناع قسمة الوقف عن الملك ، ولانتفاء ملك الموقوف عليه في الرقبة (3) .

ولو كان للمسجد شقص من دار مشتركة بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه : كان للقيَم على المسجد أن يأخذ ذلك بالشفعة إن رآه مصلحةً للمسجد . وكذا لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه حصته : كان للإمام أن يأخذ ذلك بالشفعة إن رآه مصلحة (4) .

الركن الثالث : المأخوذ منه بالشفعة .

وهو المشفوع عليه . وفي ذلك شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون ملكه متأخراً عن ملك الآخذ . وعلى هذا لو اشترى اثنان داراً معاً ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر ؛ لعدم التأخر في ملك المأخوذ منه .

الثاني : أن يكون البيع لازماً . فإنه لا تثبت الشفعة في مدة الخيار لأحدهما ؛ لأن الآخذ بالشفعة فيه إلزام بالمقد لكل من العاقدين . وفي ذلك إبطال لحق الرجوع في البيع من قبل المشتري والبايع .

الثالث : أن يكون الملك بمعاوضة محضة كالبيع ، وكذا غير المحضة كالمهر . أما البيع فهو بالنقص ، وأما غيره كالمهر فبالقياس بجماع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر .

وعلى هذا لا تثبت الشفعة فيما مُلِكَ بغير معاوضة كإرث أو هبة أو صدقة أو عتق أو زُفَى أو وصية ، ولو وهب بشرط الثواب المعلوم كان له الشفعة ؛ لحصول المعاوضة . وكذا لو جعله أجرة أو جُعلاً أو صداقاً أو متعة أو رأس مالي سَلَم أو يَوْضَ شُلْعٍ أو صلح

(1) سبق تخرجه .

(2) الشَّقَص بالكسر : معناه : القطعة من الأرض والطائفة من الشيء . انظر مختار الصحاح (ص 343) .

(3) (4 ، 3) مني المحتاج (ج 2 ص 298) والأنوار (ج 1 ص 556) وبداية المجتهد (ج 2 ص 228) وحاشية الشرفاوي (ج 2 ص 141) .

عن دم : فله الشفعة . وذلك الذي عليه عامة العلماء ، خلافاً لأهل الظاهر ؛ إذ قالوا : لا شفعة إلا في البيع وحده ⁽¹⁾ .

سبب الشفعة

ثمة تفصيل في سبب ثبوت حق الشفعة ، والعلماء في ذلك فريقان :

الفريق الأول : وهم الحنفية ؛ فقد ذهبوا إلى أن سبب ثبوت حق الشفعة اثنان وهما : الشركة ، والجوار . على أن ثبوتها بسبب الشركة لا خلاف فيه ، وفي ذلك من الأخبار ما يدل على هذا من غير شك أو احتمال .

أما قول الحنفية بثبوت حق الشفعة بسبب الجوار ؛ فقد استدلوا عليه بما أخرجه الترمذي عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ؛ ينتظر به وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » ⁽²⁾ .

وكذلك أخرج الترمذي عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : « جار الدار أحق بالدار » ⁽³⁾ . وأخرج البيهقي عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « الجار أحق بشفعه » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي عن أبي رافع أنه قال لسعد في شراء بيت : لولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الجار أحق بشفعه » ما يفتك ⁽⁵⁾ .

وهذا يدل على أن الجار أحق من غيره في شراء ما يليه وما يقرب منه من العقار المبيع . واستدلوا كذلك بالنظر فقالوا : إن حق الشفعة بسبب الشركة إنما ثبت لدفع أذى الدخيل وضرره ، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة ، فورود الشرع هناك يكون وروداً هنا دلالة . ثم إن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بملك البائع ؛ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل ، وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة ، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع ، وهذا الاتصال حاصل في الجوار مثل حصوله في الشركة .

(1) الأنوار (ج 1 ص 557) ومغني المحتاج (ج 2 ص 298) والمغني (ج 5 ص 315 - 318) وبداية المجتهد

(ج 2 ص 230) والخلی (ج 9 ص 88) .

(3) الترمذي (ج 3 ص 650) .

(2) الترمذي (ج 3 ص 651) .

(5) البيهقي (ج 6 ص 105 ، 106) .

(4) البيهقي (ج 6 ص 105) .

وعلى هذا فإن حق الشفعة يثبت بسبب الجوار كنيوته بسبب الشركة . وقال بذلك أيضًا ابن شُبَيْمَةَ والثوري وابن أبي ليلي (1) .

الفريق الثاني : وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر ، ومن السلف عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب والزهري ؛ فقد اتفقوا على أن الشفعة لا تجب إلا لشريك ما لم يُقاسم . وقد ثبتت الشفعة على خلاف الأصل ؛ إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه ، وقد أثبتتها الشريعة لمصلحة وهي أن الشريك ربما دخل عليه شريك حادث فيثأدى به فيضطر إلى مقاسمته ، أو يطالب الشريك الداخل (الحادث) المقاسمة فيدخل بذلك ضررًا على الشريك القديم بنقص قيمة ملكه وبما يحتاج إليه من عمل المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة وغير ذلك مما ليس موجودًا في المقسوم وبما يناط عمله بالشريك القديم . وبذلك لا تثبت الشفعة إلا للشريك ولم تثبت للجار ، أي أن الشفعة استحقاق للشريك لا الجار (2) .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وضُرُفت الطرق فلا شفعة » (3) .

وكذلك أخرج مسلم عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم : زينة أو حائط ، لا يجعل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » (4) .

وكذلك أخرج الترمذي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء » (5) فخرج بقوله : « الشريك » الجار والموصى له بمنفعة .

وقد حكى ابن المنذر الإجماع عليها ، وهي استحقاق الشريك في ملك الرقبة انتزاع حصبة شريكه إذا انتقلت إلى غيره من تِلْكَ مَنْ اُنْتَقَلَتْ حصبة الشريك إليه (6) .

وأخرج أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : « إنما جعل رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما

(1) الدائع (٤ ص ٩) و نتائج الأفكار على شرح العناية (ج ٩ ص 369) والمغني (ج 5 ص 308) .

(2) بداية الجهاد (ج 2 ص 228) وكشاف القناع (ج 4 ص 135) والهيلى (ج 9 ص 88) ومغني المحتاج

(ج 2 ص 277) والمغني (ج 5 ص 308) . (3) سبق تخريجه .

(4) كشاف القناع (ج 4 ص 114) .

لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ⁽¹⁾ . فإن صدّر هذا الخبر يتضمن إثبات الشفعة في غير المقسوم وكذا نفيها (الشفعة) في المقسوم ؛ لأن قوله : « إنما » يفيد إثبات المذكور في النص ونفي ما عداه ، وآخر الخبر يتضمن نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق . والحدود بين الجارين واقعة والطرق كذلك مصروفة فالشفعة بذلك منفية . على أن الحكمة في ثبوت الشفعة ليس أمراً تعديلاً بل معقول المعنى ، وهو مؤنة القسمة بين الشريك القديم والشريك الحادث . وكذا ضرر استحداث الأمور التي يرتفع (ينتفع) بها ، فإذا أخذ الشريك بالشفعة اندفع ذلك الضرر عنه ؛ لأن الكل صار ملكاً له ⁽²⁾ . ويؤيد ذلك ما أخرجه أبو داود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا قسمت الأرض وحدّث فلا شفعة فيها » ⁽³⁾ .

مناقشة

أجابت الحنفية عن استدلال الجمهور بالخبر فقالوا : إن تعليل النص بضرر القسمة على الشريك غير سديد ؛ لأن القسمة ليست بضرر ، بل هي تكميل لمنافع الملك ، ثم إن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علّة لتحقيق ضرر غير مشروع ، وهو تملك مال الغير بدون رضاه ، فالتعليل بذلك غير صحيح .

أما قول الجمهور بإمكان دفع الضرر عن الجار بمقابلته له بنفسه وبالمرافعة إلى السلطان ؛ فقد أجابوا عن ذلك بأن ذلك قد لا يندفع بالمقابلة والمرافعة ، ولو اندفع فإن المقابلة والمرافعة في نفسها ضرر ، وضرر جار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى الشفيخ في ضرر دائم إلا أن يثبت له حق الشفعة .

أما الحديث فليس في صدره نفي للشفعة عن المقسوم ؛ لأن كلمة « إنما » لا تقتضي نفي غير المذكور ، فقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿ قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ ﴾ ⁽⁴⁾ وهذا لا ينفي أن يكون غير النبي ﷺ بشراً مثله . وكذا قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ ﴾ ⁽⁵⁾ فكلمة « إنما » قد تجيء للإثبات بطريق الكمال ، كما يقال : إنما العالم

(1) أبو داود (ج 3 ص 285) .

(2) المغني (ج 5 ص 308 ، 309) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 143) وبداية المجتهد (ج 2 ص 228) .

(3) أبو داود (ج 2 ص 286) .

(4) سورة الكهف الآية (110) .

(5) سورة الرعد الآية (7) .

في البلد زيد . أي : الكامل في البلد زيدٌ والمشهور به زيد ، ولم يرد نفي العلم عن غيره . وكذلك هنا فإن الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره ، فكان محمولاً على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره ⁽¹⁾ .

على أن سبب الشفعة عند الحنفية هو أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في العقار وهو ملك المبيع ، ثم الشركة في الحقوق وهي الخلطة أي : الشركة في حقوق الملك كالطريق والشرب ⁽²⁾ . بكسر الشين . ثم الجوار على سبيل الملاصقة .

فالشفعة عند الحنفية على هذا الترتيب ؛ لذا فأولى الناس بها هو الخليط (الشريك) في نفس المبيع ، ثم الخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم الجار ⁽³⁾ .

على أن الذين يثبتون حق الشفعة للشريك دون غيره قد أجابوا عن حديث رافع الذي استدلت به الحنفية بأنه ليس صريحاً في الشفعة ؛ لأن الشقْبَ معناه : القُرب ، فليس ذلك صريحاً في الجوار ، فيحتمل أنه أراد صلة الجار والإحسان إليه ونحو ذلك . أما خبرنا فهو صريحٌ وصحيحٌ فيُقَدَّم .

وقالوا أيضاً : إن بقية الأحاديث التي استدلت بها الحنفية في أسانيدھا مقال ، فلا تصلح للاستدلال على المراد ⁽⁴⁾ .

كيفية استحقاق الشفعة

لو كان الشفيع واحداً فإنه يستحق الشفعة كلها منفرداً ، وهو ما لا خلاف فيه سواء كانت الشفعة سببها الشركة أو الجوار عل الخلاف في المسألة ، فلو كان للدار شريك واحد أو جوار واحد : أخذ كل الدار بالشفعة .

أما لو استحق الشفعة جفجف من الشركاء ، ففي كيفية استحقاقهم خلاف : فقد ذهب الحنفية ، والشافعية في أحد قوليهما إلى أن الشفعة تقسم على الرؤوس

(1) البدائع (ج 5 ص 9) وناجح الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 374 ، 375) .

(2) الشرب بكسر الشين : معناه : الحظ من الماء . انظر مختار الصحاح (ص 333) .

(3) البداية (ج 1 ص 404 ، 405) والبدائع (ج 5 ص 4) .

(4) المص (ج 5 ص 119 ، 110) وبداية المجتهد (ج 2 ص 228) .

وليس على قدر الشركة . ووجه قولهم : أن السبب في موضع الشركة هو أصل الشركة وليس قدرها ، وكذا أصل الجوار عند الحنفية وليس قدره ، وعلى هذا فإنه يستوي الشركاء في قدر الاستحقاق . واستدلوا على أن السبب هو أصل الشركة بكل من الإجماع والمعقول :

أما الإجماع ، فوجهه أن الشفيع إذا كان واحداً فإنه يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب هو قدر الشركة وليس أصلها لتقدر حقه في الأخذ بقدرها ، وهذا لم يقل به أحد . أما المعقول ، فهو أن حق الشفعة إنما يثبت للدفع أذى الدخيل وضرره ، والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل هذا على أن سبب الاستحقاق في الشركة هو أصل الشركة ، وهو ما يستوي فيه الشركاء . وبناءً على ذلك لو كانت أرض بين ثلاثة : لواحد نصفها ، وللثاني ثلثها ، وللثالث سدسها . فباع الأول حصته ، فإن الباقي - وهو النصف - يُقسم بين الشريكين الباقيين سواء ؛ لأن سبب الشفعة هو أصل الشركة وقد وُجد من كل منهما (1) .

أما الشافعية ؛ فقد ذهبوا في الأظهر من مذهبهم إلى أنه لو استحق الشفعة جمع من الشركاء ؛ فإنهم يأخذون على قدر الحصة من الملك ؛ لأنه حق مستحق بالملك فيقتطع على قدره ، وذلك كالأجرة والثمرة . وعلى هذا فإنه في المسألة السابقة يأخذ الثاني سهمين ، ويأخذ الثالث سهماً (2) .

أما إذا اجتمعت أسباب استحقاق الشفعة فإنه يراعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك على الخليط ، والخليط على الجار ؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من غيره » .

ويستدل على ذلك أيضاً بالنظر ، وهو أن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه ، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال ، والاتصال يكون على هذه المراتب ، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط ، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار ، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح . وهو قول الحنفية (3) .

(1) البدائع (ج 5 ص 5) ومعني المحتاج (ج 2 ص 305) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 4 ص 377 ،

378) . (2) معني المحتاج (ج 2 ص 305) .

(3) البدائع (ج 5 ص 8) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 375 ، 376) .

ما يشترط اثبات الشفعة

أثبت الشرع الشفعة لمصلحة ، وهي تثبت بجملة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون المبيع وما بمعناه شقصة⁽¹⁾ مشاعاً غير مقسوم . أما الجار فلا شفعة له ، وهو الذي عليه أكثر العلماء ، وفيهم الشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو ما بيناه سابقاً . ودليلهم في ذلك ما أخرجه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : « إنما يجزى رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ؛ فلا شفعة »⁽²⁾ . وكذلك ما أخرجه أبو داود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا قسمت الأرض وتخذت ، فلا شفعة فيها »⁽³⁾ .

وبذلك فإنه يثبت حق الشريك في الشفعة في ملك مشاع ينقسم أي : يجب قسمته بطلب بعض الشركاء قسمة إجبار . أما المقسوم المحدود فلا شفعة فيه لجاره ؛ لأن الشريك ربما دخل عليه شريك حادث فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو أن الشريك الحادث يطلب المقاسمة فيتضرر بها الشريك الأصيل (الشفيع) وهذا لا يوجد في الملك المقسوم فلا تثبت فيه الشفعة .

أما الجار فلا شفعة له عند أكثر العلماء ، فإذا كانت الحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فقد انتفت الشفعة خلافاً للحنفية ؛ إذ قالوا : الشفعة على الترتيب : فأول المستحقين لها الشريك في العقار ، ثم الخليط وهو الشريك في الشرب أو الطريق ، ثم الجار . وهو ما بيناه سابقاً⁽⁴⁾ .

الشرط الثاني : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته . فإن أمكن قسمته فقد ثبتت فيه الشفعة بغير خلاف . أما ما لا يمكن قسمته من العقار ، كالزحى (الطاحونة) والحمام الصغير والداكان الصغير والطريق الضيقة والعروضة الضيقة - وهي فناء البيت - ونحو ذلك ، فثمة قولان في ذلك :

أحدهما : لا شفعة في مثل ذلك . وهو قول الشافعية ، والحنابلة في أظهر من

(1) الشقصة : القطعة من الأرض والطائفة من الشيء .

(2) أبو داود (ج 4 ص 286) .

(3) أبو داود (ج 3 ص 286) .

(4) المنى (ج 9 ص 100) وكشاف القناع (ج 4 ص 138) والأنوار (ج 1 ص 556) وبداية المجتهد (ج 2 ص 278) والبدائع (ج 9 ص 4) .

مذهبهم . ودليلهم في ذلك الحديث : « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة : تعني الطريق الضيق ، ولأن إثبات الشفعة في ذلك يضر بالبائع ؛ لأنه لا يمكن التخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع . أما ما أمكن قسمته مما بيناه كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قُسم إلى حمامين لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به ، فإنه تجب فيه الشفعة . وكذا البئر إذا قسمت إلى بئرين يُتَنَفَّعُ بكل واحدة منهما ، وكذا حجر الرخى إذا أمكن قسمته إلى حجرين بحيث يُتَنَفَّعُ بكل واحد منهما ، فإنه تجب فيه الشفعة (1) .

الشفعة في الطريق

إذا بيعت الدار ولها طريق في شارع أو دُور نافذ ، فلا تجب الشفعة في تلك الدار ولا في الطريق ؛ لأنه لا شركة لأحد في ذلك . أما إن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق ، فلا شفعة كذلك ؛ لأن إثبات الشفعة يضر بالمشتري ؛ لأن دازه تبقى لا طريق لها والضرر لا يزال بالضرر . وهو قول الحنابلة ، والشافعية في الراجح من مذهبهم ، وذهبوا في قولهم الثاني إلى ثبوت الشفعة للمشتري ؛ فهو الذي أضرب بنفسه بالشراء .

أما إن كان للدار باب آخر يمكن الاستطراق منه ، أو كان لها موضع يُتَنَفَّعُ منه باب لها إلى طريق نافذ ، فإنه ينظر : إن كان هذا الطريق تمرّوا لا يقبل القسمة : فلا شفعة فيه ؛ لأنه لا شفعة فيما لم يقسم . وإن كان يقبل القسمة : فإنه تجب فيه الشفعة ؛ لأنه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجبت فيه الشفعة (2) .

الشرط الثالث : أن يكون المبيع عقاراً ؛ لأنه الذي يبقى على الدوام ، وهو الذي يدوم ضرره . وهو ما لا خلاف فيه .

أما غير العقار فينقسم قسمين :

القسم الأول : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض . وذلك كالبناء والغراس الذي يباع مع الأرض فهو يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض ، ويستدل على ذلك بالخبر عن جابر قال : قال

(1) المغني (ج 5 ص 313 ، 314) وكشاف القناع (ج 4 ص 139) والأُنوار (ج 1 ص 356) .

(2) المغني (ج 5 ص 314) وكشاف القناع (ج 4 ص 139) ومغني المحتاج (ج 2 ص 298) وتاليف الأُنكار (ج 9 ص 377) .

رسول الله ﷺ : « الشفعة في كلِّ شركٍ في أرضٍ أو زرعٍ أو حائطٍ ، لا يصلح أن يبيع حتى تقرض على شريكه فيأخذ أو يدع » (1) .

ويدخل في ذلك البناء والشجر ، وكذا النهر والبحر والقناة ، فإن كلاً من ذلك يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض لا مفرداً (2) .

القسم الثاني : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً . وهو الزرع والثمرة الظاهرة ؛ لأنها لا يدخلان في البيع فلا يدخلان في الشفعة . أما إن كانت الثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المتشقق فإنه يدخل الثمر في الشفعة تبعاً للمشفوع حيث أخذه الشفيع قبل التشقق ؛ لأنه يتبع في البيع فيتبع في الشفعة ؛ لأنها يبيع في المعنى ، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتري إلى أوان أخذه . وهو قول الحنابلة والشافعية (3) .

أما المالكية فقالوا بثبوت الشفعة في الثمار ما لم تبيس ويذهب طيها . وبذلك فإن أحد الشريكين في ثمر على أصوله إذا باع نصيبه لأجنبي فللشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة من المشتري ؛ إلحاقاً للثمرة وما بعدها بالمعار ما لم تبيس الثمرة وينتهي طيها ، فإن تبيست بعد العقد ، وكذا إن اشتراها الأجنبي يابسة ، فلا شفعة فيها (4) .

الشرط الرابع : أن يكون الشفيع المتقفل عن الشريك بعوض كالبيع . أما المتقفل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث ، فلا تثبت فيه الشفعة ، وهو قول عامة العلماء ، لأن هذا الانتقال حصل بغير عوض كال ميراث ، ولأن محل الشفعة هو البيع وليس غيره في معناه (5) .

وثمة رواية أخرى عن مالك وهي : أن الشفعة تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة بغير الثواب وكذا الصدقة ، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة فيه عند الجميع بغير خلاف (6) ، على أن المتقفل بعوض ينقسم قسمين :

-
- (1) سبق تخريجه .
 (2) كشف القناع (ج 4 ص 140) والأنوار (ج 1 ص 555) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 144) والمغني (ج 5 ص 311) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 228) .
 (3) كشف القناع (ج 4 ص 140) والأنوار (ج 1 ص 555) .
 (4) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 229) وبداية المجتهد (ج 2 ص 229) .
 (5) كشف القناع (ج 4 ص 137) والمغني (ج 5 ص 315) والأنوار (ج 1 ص 557) وبداية المجتهد (ج 2 ص 230) والبدائع (ج 5 ص 10 ، 11) .
 (6) بداية المجتهد (ج 2 ص 230) .

أحدهما : ما كان عوضه المأل كالبيع . فهذا تثبت فيه الشفعة من غير خلاف ، وهو ما وردت فيه الأخبار ، وكذا كل عقد جرى مجرى البيع كالصالح بمعنى البيع بأن يُقَرَّ له بلّين أو عين فيصالحه عن ذلك بالشفص ، أو يكون الشقص مصالحاً به عن جناية موجبة للمال كالقتل الخطأ وشبه العمد وأرض الجناية ونحو ذلك ، أو يكون الشقص موهوباً هبة مشروطاً فيها الثواب (العوض) ؛ لأن الشفيع يأخذه بمثل الثمن الذي انتقل به إلى المشتري ، ولا يكون هذا في غير البيع . وهو قول الجمهور .

وخالف الحنفية في الهبة فقالوا : إذا كانت الهبة بشرط العوض فإن تقابضاً وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض ، أما إن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة وصاحبيه . وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد ؛ وهذا بناء على أصل عند الإمام وصاحبيه ؛ وهو أن الهبة بشرط العوض تبرئ ابتداء ، معاوضة انتهاء . أما عند زفر فهي عنده معاوضة ابتداء وانتهاء ⁽¹⁾ .

ثانيهما : ما كان منتقلاً بعوض غير المال ، كما لو جعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن الدم العمد : فلا شفعة في ذلك . وهو قول الحنفية والحنابلة وقال به الحسن البصري والشعبي وأبو ثور واختاره ابن المنذر .

ووجه قولهم : أن ذلك قد مُلِكَ بغير مال فأشبه الموهوب والموروث ، وكذا فإن ذلك معاوضة للمال بالمنفعة ، وهذه (المنفعة) ليست بمال ولا تثبت فيها الشفعة ⁽²⁾ .

أما الشافعية والمالكية فقالوا بثبوت الشفعة في ذلك ؛ لأن العاقد ملك الشقص ببدل ، فوجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بعوض . وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى ⁽³⁾ .

قال ابن أبي ليلى في هذا الشأن : للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه . وقال أبو حنيفة : كيف يكون ذلك وليس هذا شراء فيه شفعة ، إنما هذا نكاح ؟

(1) بداية المجتهد (ج 2 ص 230) وكشاف القناع (ج 4 ص 137) والبدائع (ج 5 ص 11) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 146) .

(2) البدائع (ج 5 ص 12) وكشاف القناع (ج 4 ص 137) والنهاية (ج 8 ص 485) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 557) ومغني المحتاج (ج 2 ص 298) وأسهل المدارك (ج 3 ص 39) والمغني (ج 5 ص 316) واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص 35) .

أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها ، كم للشفيع منها وبم يأخذ ؟ ، بالقيمة أو بالمهر ؟ (1) .

الشرط الخامس : المطالبة بالشفعة على الفور . وذلك ساعة يعلم الشفيع بالبيع ، وعلى هذا فإن حق الشفعة إنما يجب على الفور فيطالب بها ساعة يعلم بالبيع ، فإن لم يطالب بالشفعة وقت علمه بالبيع : فلا حق له في الشفعة . وذلك الذي عليه الحنفية والحنابلة . واستدلوا على ذلك بالحديث : « الشفعة كحل العقال » (2) .

وعلى هذا فالشفعة بالموئبة ؛ هي تجب على الفور كخيار الرد بالعيب لا يحتمل التراخي ، ولأن إثباته على التراخي يضر بالمشتري ؛ لأنه لا يستقر ملكه على المبيع خشية أخذه منه (3) .

وهو قول الشافعية في الجملة ؛ إذ قالوا : إذا وجبت الشفعة وكان الشفيع محبوباً أو مريضاً أو غائباً ، فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الإشهاد : فهو على شفيعته ؛ لأنه ترك ذلك بعذر ، أما إن كان غير معذور ، بأن كان قادراً على التوكيل فلم يوكل ، أو الإشهاد فلم يشهد : ففي ذلك ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن تسقط شفيعته ؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه ما لو قَدَّرَ على الطلب بنفسه فترك .

الوجه الثاني : أن لا تسقط شفيعته ؛ لأن التوكيل إن كان بعوض : لزمه ، فيغرم وفي ذلك ضرر . أما إن كان بغير عوض فهو محتاج إلا التزام منه ، وفي تحصيل ذلك مشقة وهو عذرٌ فلم تسقط به الشفعة .

الوجه الثالث : إن وُجِدَ من يتطوع بالوكالة عن الشفيع : سقطت شفيعته ؛ لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، أما إذا لم يجد من يتطوع عنه بالوكالة : لم تسقط شفيعته ؛ لأنه ترك للضرر .

وجملة ذلك : أن حق الشفعة يجب للشفيع على الفور ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية ، وقيل في المذهب غير ذلك (4) .

على أن الخيار للمطالبة بالشفعة يتقدر بالمجلس ، فمتى طالب في مجلس العلم : ثبتت الشفعة وإن طال المجلس ؛ لأن المجلس كله في حكم حالة العقد . وذلك الذي

(1) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص 15) .

(2) أخرجه البيهقي عن ابن عمر (ج 6 ص 108) وقال : حديث منكر . وكذا أخرجه ابن ماجه (ج 2 ص 835) .

(3) المغني (ج 5 ص 124) وكشاف القناع (ج 4 ص 140 ، 141) والبنية (ج 8 ص 486 ، 487) .

(4) المهذب (ج 1 ص 380) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 146) .

عليه الحنايلة والحنفية ، خلافاً للشافعية في الظاهر من مذهبهم ، وهو وجوب المطالبة بالشفعة بعد العلم بالبيع على الفور ⁽¹⁾ .

إذا ثبت هذا فإن الشريك إذا أخر المطالبة بالشفعة عن وقت العلم بغير عذر : بطلت شفعتها ، وإن أخرها لعذر كأن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش ، حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة ، أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها : لم تبطل شفعتها ؛ لأن العادة تقدم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها - رضا بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ، فتسقط بتأخيرها ؛ لأنه مع حضوره يمكنه مطالبتها من غير اشتغال عن أشغاله فإن شفعتها تبطل بتركه المطالبة ؛ لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه .

أما مع غيبة المشتري فلا تبطل شفعتها ؛ لأن العادة تقدم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل وتطوى على حسب عادته : لم تسقط شفعتها . وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري حتى إذا لقيه بدأ السلام ؛ لأنه الشئ ، ثم يطالب بالشفعة .

ولو قال بعد السلام : بارك الله لك في صفقتك ، أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك : لم تبطل شفعتها ؛ لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته . وكذا الدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ؛ لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضا ، أما لو اشتغل بكلام آخر ، أو سكت لغير حاجة : بطلت شفعتها ؛ وذلك لقوات شرطها وهو الفور ⁽²⁾ .

على أن الشفيع يملك الشقص المشفوع بمجرد المطالبة بالشفعة ولو لم يقبضه ؛ لأن البيع السابق سبب ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول . وبذلك يصبح تصرف الشفيع في الشقص المشفوع ؛ لأن الملك قد انتقل إليه ، وكذا يؤرث الشقص عن الشفيع إذا مات بعد الطلب كسائر أملاكه . ولا يقتبر لانتقال الملك إلى الشفيع رضا مشتر ؛ لأنه يؤخذ منه قهراً ، والمقهور لا يقتبر رضاه ⁽³⁾ .

(1) المغني (ج 5 ص 325) والأنوار (ج 1 ص 563 ، 564) والمهذب (ج 1 ص 379 ، 380) والبدائع (ج 5 ص 17) ونتائج الأنكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 382 ، 383) .

(2) المغني (ج 5 ص 325) وكشاف القناع (ج 4 ص 141) والبدائع (ج 5 ص 17) والأنوار (ج 1 ص 564) .

(3) كشاف القناع (ج 4 ص 142) .

أما المالكية فلم يعتبروا الفورية في المطالبة بالشفعة بل جعلوا لوجوبها مُتَسَعًا من الوقت ، ولهم في ذلك تفصيلٌ ؛ فالظاهر في المذهب أن الشفعة تبطل بعد ثلاثة أيام ، فلو قال الشريك : أنا أَخُذُ . وذلك بصيغة المضارع أو اسم الفاعل : أَجَلُ ثلاثة أيام ؛ لإحضار النقد ، فإن أتى به فيها : ثبتت له الشفعة ، وإلا سقطت شفعتها ، ولا قيام له بعد ذلك .

أما الإمام مالك فإن وَقَّتْ وجوب الشفعة عنده متسعٌ ، واختلف قوله في هذا الوقت ، فزوي عنه أن مدة الشفعة غيرٌ محدودة فهي لا تنقطع أبدًا إلا أن يُحْدِثَ المبتاع بناءً أو تغييرًا كثيرًا بمعرفته وهو حاضرٌ عالمٌ ساكتٌ ، ومرّةً حُدِّدَ هذا الوقتُ فروي عنه أنه سنة . وقيل : أكثر من سنة . وقيل عنه : إن الخمسة أعوامٌ لا تنقطع فيها الشفعة ⁽¹⁾ .

والراجح القول بوجوب المطالبة على الفور ؛ استنادًا إلى النص الذي رواه ابن ماجه والبيهقي في سننهما ، وقياسًا على ما يجري في البيع من وجوب الفورية في القبول ؛ ليجيء متصلًا بالإيجاب . أما قول المالكية بالتراضي إلى ثلاثة أيام أو سنة أو أكثر ، فلا يؤيد ذلك دليل .

إذا تقرر هذا فإن حقَّ الشريك في الشفعة يسقط إذا علم بالبيع وهو غائبٌ فصار هو أو وكيله إلى البلد الذي فيه المشتري ولم يُشْهَد قَبْلَ شَرْيِهِ ، فإن أُشْهَد قبل سيره ثم سار سيره المعتاد : لم تسقط شفعتها . ولو أصر الشريك المطالبة بالشفعة والإشهاد عليها ؛ لمعجزه عنهما ، أو لمعجزه عن السير إلى المشتري لمطالبته كأن يكون مريضًا أو محبوسًا ظلمًا أو تدنٍ لا يمكنه أدائه ، أو كان غائبًا ولم يجد من يشهده ، أو وجد من لا تُقْبَلُ شهادته كالفاسق أو غير البالغ ؛ فإنه في ذلك لا تسقط شفعتها ؛ لأنه معذورٌ ، وهو بذلك على شفعتها إذا أُشْهَد على الطلب عند زوال عذره ⁽²⁾ .

طلب الشفعة

المطالبة بالشفعة تتأدى بألفاظ الطلب أو غير ذلك من ألفاظ تدل عليه .
أما ألفاظ الطلب فهي كقوله : طلبت الشفعة ، وأطلبها ، وأنا أطلبها .
أما غير ألفاظ الطلب مما يدل على الرغبة في الشفعة فهو كقوله : أَدْعِيَتِ الشفعة أو

(1) بلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 234) وبداية المجتهد (ج 2 ص 234) .

(2) كشف القناع (ج 4 ص 143) والأنوار (ج 1 ص 564) والبدائع (ج 5 ص 17-19) ونهاج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 180 ، 381) .

سألت الشفعة ، أو أخذتها ، أو أنا أخذها - بصيغة المضارع أو اسم الفاعل - أو قوله : أنا قائم على الشفعة ، أو نحو ذلك مما يفيد محاولة الأخذ بالشفعة كقوله : تملكك الشقص ، أو انتزعت من مشتريه ، أو ضممته إلى ما كنت أملكه من العين ؛ فإن آخر الشريك الطلب مع إمكانه ذلك : سقط حقه في الشفعة . وهو قول الجمهور خلافا لما بيناه عن المالكية ؛ إذ لم يشترطوا القورية في المطالبة بالشفعة ⁽¹⁾ .

الشرط السادس : أن يكون الشفيع سابقا على البيع في ملك الرقبة ؛ أي أن يكون ملك المأخوذ منه متأخرا عن ملك الأخذ ، لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك (الشفيع) فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة .

وعلى هذا لو اشترى اثنان دارا معا فلا شفعة لأحدهما على الآخر ؛ لعدم تأخر ملك أحدهما عن ملك الآخر بل استويا في وقت حصوله ولا مزية لأحدهما على الآخر . ولو ادعى كل من الشريكين سبق في الملك فتحالفا أو أقاما بينتين وتعارضت بينهما : فلا شفعة لهما ؛ لأنه لم يثبت سبق لواحد منهما .

ولا تنبغي الشفعة بملك المنفعة كدار موصى بنفعها ، فباع الورثة نصفها ؛ فإنه لا شفعة للموصى له ؛ لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة فلا تجب بها . وكذلك لا تثبت الشفعة بشركة وقف ، كدار نصفها وقف ونصفها مطلق ويبع الطلاق ؛ فلا شفعة للموقوف عليه ؛ لأن ملكه غير تام ، وهو أشبه بملك المنفعة ⁽²⁾ .

ملكية الشفيع للشقص

يأخذ الشفيع الشقص المشفوع ولا يشترط في ذلك حكم الحاكم بل بكل لفظ يدل على الشفعة كقوله : تملكك ، أو أخذت بالشفعة ، أو اخترت الأخذ بها . وهو قول الشافعية والحنابلة ، وذلك لأن الشفعة حق ثبت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب ؛ فإنه يحصل من غير حاكم ، على أن الشفيع يأخذ الشقص بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد وقت لزومه قذرا وجنسا وصفة ؛ وذلك لحديث جابر :

(1) كشف القناع (ج 4 ص 142) والبدائع (ج 5 ص 19) وبلغة السالك (ج 2 ص 233) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 146 ، 147) .

(2) كشف القناع (ج 4 ص 151 ، 152) والأنوار ومعه حاشية الكمثري (ج 1 ص 557) والبدائع (ج 5 ص 15) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 231) .

« فإن باع فهو أحق بالثمن »⁽¹⁾ ، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري وذلك إن قَدَّر الشفيع على الثمن .

أما إن طلب الشفيع إسهالة لتحصيل الثمن : أمهل يومين أو ثلاثة أيام ؛ لأنها حُدِّ جمع القِلَّة ، فإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يحضر الشفيع الثمن كان للمشتري أن يفسخ الأخذ بالشفعة ؛ لأنه تعلَّز عليه الوصول إلى الثمن فتملَّك الفسخ من غير حاجة إلى حاكم ؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حُكْم حاكمٍ فلا يقف فسْخُ الأخذ بها عليه .

إذا تقرر ذلك فإن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فإن كان الثمن مثلياً أخذه الشفيع مثله ، وإذا لم يكن مثلياً أخذه بقيمته وقت لزوم العقد ؛ لأنه حين استحقاق الأخذ . ولو قال الشفيع : أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد - وهو عالم بقدره وبالمبيع - : صح الأخذ وتملك الشقص ولا خيار له (الشفيع) ولا للمشتري ؛ لأن الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له . وكذا الآخذ قهراً لا خيار له . وإن كان الثمن أو الشقص مجهولاً : فإنه لا يملك ؛ لأن ذلك في الحقيقة بيع فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع . وذلك الذي عليه الشافعية والحنابلة⁽²⁾ .

أما الخفية فقالوا : تملك الشفعة بأخذ المشفوع إذا سلمه المشتري للشفيع أو حكم بها حاكم ؛ لأن الملك للمشتري قد تم لتحقيق سبب الملك وهو الشراء ، فلا ينتقل المشفوع إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي ؛ لأن تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه ، إلا أن الشرع جعل للشفيع حق التملك والمقاضاة . وعلى هذا فإن المشفوع لا يملك بمجرد الطلب ، بل يجب لذلك أحد أمرين هما : تسليم المشتري مبيعه للشفيع عن تراضٍ ، والحكم من الحاكم⁽³⁾ .

مسقطات الشفعة

يشقُّ حق الشفعة بثلاثة أنواع من المسقطات هي :

النوع الأول : الإسقاط بصريح اللفظ . وذلك كقول الشفيع : أبطلت الشفعة ، أو

(1) البيهقي (ج 6 ص 104) .

(2) كشاف القناع (ج 4 ص 159) والمغني (ج 5 ص 221 ، 222) والأنوار (ج 1 ص 559) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 147) .

(3) البناء (ج 8 ص 484) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 381) .

أسقطتها ، أو عَفَوْتُ عن الشفعة ، أو أسقطت حَقِّي منها ، أو نزلت عنها ، أو أبرأتك عنها ، أو سلمتها ، أو تركتها ، أو رددتها ، ونحو ذلك من صرائح الألفاظ التي يطل بها حق الشفيع في الشفعة .

لأن الشفعة حقٌّ خالص للشفيع فيملك التصرف فيها استيفاءً وإسقاطاً كالإبراء عن الدَّيْن والعفو عن القصاص ونحو ذلك من صور الإسقاط . ويستوي في ذلك ما لو علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان ذلك بعد البيع ؛ لأن هذا إسقاط الحق صريحاً ، وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والإبراء عن الحقوق .

ولو سلم الشفعة قبل بيع المشفوع : لم يصح تسليمه ؛ لأن التسليم إسقاط للحق ، وإسقاط الحق قبل وجوبه وقيل وجود سبب وجوبه محالٌ .

ولو أُخِيرَ بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلاف ما أُخِير به : فإنه في مثل ذلك يُنْظَر ، إن كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم : صح تسليمه وسقط حقه في الشفعة ، وإن كان يختلف غرضه : لم يصح تسليمه وهو باق على شفيعته ؛ لأن غرضه في التسليم إذا لم يختلف بين ما أُخِير به وبين ما بيع به فقد وقع التسليم محصلاً لغرضه ، فصح تسليمه .

أما إذا اختلف غرضه في التسليم : لم يقع تسليمه محصلاً لغرضه ، فلم يصح تسليمه . وذلك كما لو أُخِيرَ الشفيع أن الدار بيعت بألف درهم فسلم شفيعته ، ثم استبان له أن الدار بيعت بألفين : فلا شفعة له ؛ لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن ، فإذا لم تصلح له الشفعة بأقل الثمنين فلا يجوز ألا تصلح بأكثرهما ، وبذلك حصل غرضه بالتسليم فبطلت شفيعته . ولو أُخِيرَ أنها بيعت بألف فسلم ، ثم استبان له أنها بيعت بخمسمائة : فله الشفعة ، لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته ، فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفيعته ^(١) .

النوع الثاني : الإسقاط بطريق الدلالة . وذلك أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بعقد البيع وحكمه للمشتري ، وهو ثبوت الملك له ؛ لأن حق الشفعة مما يَبْطُلُ بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً . وذلك كما لو علم الشفيع بالشراء فترك

(١) البدائع (ج ٥ ص ١٩) والأنوار (ج ١ ص ٥٦٣) ومعه حاشية الكُمري وكشاف القناع (ج ٤ ص ١٣٥) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية وحاشية المحقق سعدى أفندي (ج ٩ ص ٤١٣ ، ٤١٤) .

المطالبة بالشفقة المشفوع على الفور من غير عذر ، أو قام عن المجلس ، أو تشاغل عن المطالبة بعمل آخر ؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد فتسقط الشفعة . وبذلك فإن التأخير أو التقصير في الطلب بعد العلم بالبيع مسقط للشفقة ؛ فإن حق الشفعة المطالبة بها على الفور إلا إذا غاب الشفيع ولم يتعلم بالبيع ومضت على ذلك سيئون : لم تبطل شفعتها .

وإذا علم ، فإن لم يكن ثمة عذر : فقد وجبت المبادرة بنفسه أو بوكيله ، وإن كان له عذر بأن كان مريضاً ، أو خائفاً من عدو ، أو مجبوراً بظلم أو بدين ، وهو عاجز عن بيئة الإعسار : لزمه التوكيل بغير إهمال . وإن عجز عن التوكيل ، أو قدر عليه لكن الطريق كان مخوفاً ، أو كان الحو أو البرد مُفْرِطاً ؛ فقد وجب الإشهاد بلا مكث حتى يزول المانع ، فإن ترك الإشهاد : بطل حقه في الشفعة .

وكذلك لو ساوم الشفيع الدار من المشتري ، أو استأجرها منه ، أو أخذها منه مزارعة ، أو نحو ذلك ، فإن ذلك كله مسقط للشفقة من طريق الدلالة إن كان ذلك بعد علم الشفيع بالشراء ؛ لأن ذلك كله دليل الرضا بملك المشتري ⁽¹⁾ .

النوع الثالث : الإسقاط بطريق الضرورة . وذلك كما لو مات الشفيع فإنه تبطل شفعتها ، وذلك إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفقة ؛ لأن حق الشفعة لا يُورث .

ومثال ذلك : ما لو بيعت دارٌ ولها شفيع وطلب الشفعة ، فأثبتها (بالطلب) ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ، فأراد ورثته أن يأخذوها : فإنه ليس لهم ذلك . أما إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه : فالبيع لازم لورثته .

وعلى هذا لو كان الشفيع قد مَلَكَ الدارَ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات كانت ميراثاً لورثته . وهو قول الحنفية والظاهرية ⁽²⁾ ، وبه قالت الحنابلة في الجملة ؛ إذ قالوا : إن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بالشفقة فإن ذلك لا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يموت الشفيع قبل المطالبة بالشفقة ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة .

(1) البدائع (ج 5 ص 21) والبنية (ج 8 ص 579 - 581) وأسهل للمدرك (ج 3 ص 43) وبلغة السالك (ج 2 ص 231) والأنوار (ج 1 ص 563 ، 564) .

(2) البنية (ج 8 ص 577) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 416 ، 417) والبدائع (ج 5 ص 22) والجلوى (ج 9 ص 96) .

وروي مثل ذلك عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحق ، ووجه قولهم : أن ذلك نوع خيار مجمل للتملك فأشبهه خيار القبول ، فلم يورث كالرجوع في الهبة .

فانيهما : إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة ؛ وذلك لأن الحق يتقرر بالطلب فلا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، أما قبله فإنه يسقط .

وعلى هذا إذا مات الشفيع قبل الطلب بالشفعة مع القدرة أو الإشهاد مع العذر : بطلت شفيعته ؛ لأنها نوع خيار شرع للملك ، وإن طالب الشفيع بالشفعة قبل موته أو أشهد مع القدرة أنه مطالب بها : فلا تسقط بموته بل تنتقل لورثته ؛ بناءً على القول بأن الشقص يملك بمجرد الطلب ، وهذا المعتمد في المذهب ، وبذلك تكون الشفعة لورثة الشفيع كلهم إذا مات بعد الطلب على حسب ميراثهم كسائر حقوقه ⁽¹⁾ .

أما الشافعية ، والمالكية في الظاهر من مذهبه فقد قالوا : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ الشقص المشفوع : انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ؛ لأن ذلك قبض قد استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأن الأخذ بالشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوري كالرذ بالمعيب ⁽²⁾ .

* * *

(1) المغني (ج 5 ص 375) وكشاف القناع (ج 4 ص 158) .

(2) المذهب (ج 1 ص 383) وأسهل المدارك (ج 3 ص 43) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 227) .

(الضمان) الكفالة)

الكفالة في اللغة معناها الضمان ، فالكفالة والضمان بمعنى واحد . والكافل معناه الضامن ، وجمعه كفلاء . وكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد (1) .

والكفالة أو الضمان في الشرع يعني : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما (2) .

شوعية الضمان (الكفالة)

ثبتت شرعية الكفالة أو الضمان بكل من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ يَوْمَ رَجُلٌ يَمِيرُ بِيَدِهِ رَعيً ﴾ (3) والزعيم هو الكفيل . وقد استدلل بهذه الآية القائلون : إن شرع من قبلنا شرع لنا ؛ وهم الحنفية وآخرون . وقد نقل عن الإمام أبي حنيفة في ذلك قوله : ما حكاه الله تعالى في كتابه من شرائع الماضين فهو شرع لنا ؛ إذ لا فائدة من ذكره إلا الاحتجاج به (4) .

أما الشافعية فقالوا : ليس شرع من قبلنا شرعاً لنا (5) ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ يَكْفُلْ جَمَلَنَّا وَمَنْ يَشْرَعْ وَمِنْهَا جُأ ﴾ (6) .

أما السنة ، فاستدلوا منها بما أخرجه ابن ماجه عن أبي أمامة الباهلي قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الزعيم غارم والدين مقضي » (7) .

وأخرج ابن ماجه كذلك عن ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال : ما عندي شيء أعطيكه فقال : لا والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل (كفيل) فجره إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ : « كم تستنظره » فقال : شهرًا . فقال رسول الله ﷺ : « فأنأ أحمل له » فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ . فقال له النبي ﷺ : « من أين أصبت هذا » قال : من معدن ، قال : « لا خير

(1) لسان العرب (ج 11 ص 540) ومختار الصحاح (ص 575) .

(2) المغني (ج 4 ص 590) والبنية (ج 4 ص 722) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 117) وبلغه السالك

(ج 2 ص 155) . (3) سورة يوسف الآية 72 .

(4) تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص (198 ، 199) .

(5) شرح جمع الجوامع للسبكي (ج 2 ص 287) . (6) سورة المائدة الآية 48 .

(7) ابن ماجه (ج 2 ص 804) .

فيها » وقضاها عنه ^(١) .

وأخرج ابن ماجه أيضًا عن أبي قتاده أن النبي ﷺ أتى بجنابة ليصلي عليها . فقال : « صلوا على صاحبكم فإن عليه دينًا » فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به . قال النبي ﷺ : « بالرفاء ؟ » قال : بالرفاء . وكان الذي عليه ثمانية عشر أو تسعة عشر درهماً ^(٢) .

وكذلك ثبتت شرعية الكفالة أو الضمان بالإجماع ؛ فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة ، على اختلافهم في الفروع ^(٣) .

أركان الكفالة (الضمان)

للضمان خمسة أركان هي :

الركن الأول : الضامن : وشرطه أن يكون مختارًا صحيح العبارة أهلاً للتبرع ؛ وعلى هذا لا يصح ضمان المكره والمجنون ومن به هذيان ، وكذا الصبي والمجور عليه لفسه . وهو ما لا خلاف فيه . ويصح ضمان السكران والأخرس بالإشارة المفهمة والكتابة مع القرينة المشعرة بذلك ، وكذا المريض العاقل ، والمفلس المجور عليه ، والمرأة من غير حاجة إلى إذن الزوج .

وجملة القول في ذلك : أنه يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة ؛ لأن الضمان عقد يقصد به المال فصيح من المرأة كالبيع . ولا يصح من المجنون والمبرسم - وهو الذي يخلط في كلامه فيهدي - ولا من صبي مميز وغير مميز ، ولا من السفه المجور عليه ^(٤) .

الركن الثاني : المضمون له : وهو مستحق الدين ، وشرطه أن يعرفه الضامن ؛ لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً ، فإذا كفل لأحد من الناس لا يجوز ؛ لأن المكفول له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع من أجله الضمان وهو التوثق . ولا يشترط قبول المضمون له أو رضاه ؛ إذ يجوز أداء دين الغير بغير إذنه ومعرفة تبرعاً ؛ وذلك لأن الضمان محض التزام لا معاوضة ^(٥) .

(١) ابن ماجه (ج ٢ ص ٨٠٤) .

(٢) المغني (ج ٤ ص ٥٩١) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١١٨) .

(٤) الأنوار (ج ١ ص ٤٦٤) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ١٩٨) والبدائع (ج ٦ ص ٣) والمغني (ج ٤ ص ٥٩٨) .

(٥) الأنوار (ج ١ ص ٤٦٤) ومعه حاشية الكمثري ، ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٠٠) والبدائع (ج ٦ ص ٦ ، ٧) .

الركن الثالث : المضمون عنه : وهو المدين . ولا يشترط رضاه ولا قبوله قطعاً ؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز ، فالالتزام أولى بالجواز ، وكذلك لا يشترط أن يعرفه الضامن قياساً على رضاه . وقيل : يشترط أن يعرفه ؛ وذلك ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أو لا . وذلك الذي عليه الشافعية . وهو قول المالكية في الجملة ⁽¹⁾ .

أما الحنفية فلم يفرق في ذلك تفصيلاً ؛ فقد اشترط الإمام أبو حنيفة أن يكون الأصيل (المكفول عنه) قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائيه ، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس خلافاً للشافعية والمالكية والحنابلة والصاحبين إذ قالوا تصح . ووجه قولهم : أن الموت لا ينال بقاء الدين ؛ لأنه (الدين) مال حكمي ، فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة . أما وجه قول أبي حنيفة فهو أن الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل ، فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح ⁽²⁾ .

واشترطت الحنفية بالاتفاق أن يكون المكفول عنه معلوماً وهو أن يكفل ما على فلان أما إذا قال : على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز ؛ لأن المضمون عنه مجهول ، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة ⁽³⁾ .

الركن الرابع : المضمون به : وهو الدين أو العين المضمونة ، ويشترط فيه الشروط التالية : أولاً : أن يكون حقاً ثابتاً حال العقد . فلا يصح ضمان ما لم يجب ، سواء أجرى سبب وجوبه كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها أو لم يجر كضمان ما سيقرضه لفلان ؛ وذلك لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه . وعلى هذا لا يصح الضمان بما لم يجب أو سيجب بقرض أو بيع أو غيرهما . فلو قال : أقرض فلاناً كذا وعلى ضمانه أو بع ثوبك منه بكذا على أنني ضامن أو بضامني ؛ فأقرضه أو باعه لم يصح ضماناً إلا بضمان جديد . وكذلك لا يصح ضمان نفقة الزوجة أو القريب بالمدة الآتية ، ويصح لهذا اليوم أو اليوم الماضي وهو قول الشافعية ⁽⁴⁾ .

أما الحنابلة والمالكية فقالوا بجواز الضمان بكل دين ثابت أو آيل إلى الثبوت ، وبعبارة

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 200) والأنوار (ج 1 ص 464) وأسهل المدارك (ج 2 ص 20) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 200) والبدائع (ج 6 ص 6) وأسهل المدارك (ج 2 ص 22) والمغني

(ج 4 ص 593) . (3) البدائع (ج 6 ص 6) .

(4) الأنوار (ج 1 ص 465) ومغني المحتاج (ج 2 ص 200) .

أخرى : فإنه يجوز الضمان في كل دين ثابت على الذمة أو ما يكون ثابتاً ، كجعل ، كما لو قال لغيره : دابن فلاناً وأنا أضمنه ، أو قال : إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن ، أو قال : ما أعطيته فهو علي ؛ فقد لزمه ؛ لأنه يصح ضمان ما لم يجب وهو أن يضمن عنه حقاً بعد وجوبه (1) .

ثانياً : أن يكون المضمون به لازماً أو أصله اللزوم - وإن لم يستقر - كالثمن في زمن الخيار أو قبل قبض المبيع والأجرة قبل استيفاء المنفعة والمهر قبل الدخول . وعلى هذا لا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة ؛ لأن هذا البديل ليس ببدل لازم ، فإن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب . وهو ما لا خلاف فيه (2) .

ثالثاً : أن يكون المضمون به معلوماً للضامن من حيث الجنس والقدر والصفة والعين ؛ وذلك لأن الضمان إثبات مالي في الذمة لآدمي بعقد ، فأشبه البيع والإجارة ، فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين . وعلى هذا لو قال : ضمنت شيئاً مما لك على فلان أو بعضاً منه ، أو قال : أنا ضامن بثلث ما بعث منه وهو جاهل به لم يصح . وهو قول الشافعية ، ويقال به الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر . إذ قال هؤلاء : لا يصح ضمان المجهول ؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع (3) .

وذهبت الحنفية والمالكية والحنابلة إلى صحة ضمان المجهول . وذلك كقوله : أنا ضامن لك ما لك على فلان ، أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة ، أو ما يقر به لك ، فإنه يصح . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ رَجُلٌ بَعِيرٌ ﴾ فقد أجاز الله تعالى الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان . أي أن حمل البعير غير معلوم ؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه . واستدلوا كذلك بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم » (4) .

ومن الاستدلال بالمعقول : أن الضمان التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرار .

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 19) والمغني (ج 4 ص 592) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 466) وأسهل المدارك (ج 2 ص 19) والبدائع (ج 6 ص 4) وبلغت السالك (ج 2 ص 155) والمغني (ج 4 ص 593) .

(3) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 120) والأنوار (ج 1 ص 466) والمغني (ج 4 ص 592) واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص 55 .

(4) سبق تخريجه .

وجملة القول : أنه يجوز الضمان وإن جهل قدر المضمون حالاً أو مآلاً ، فإن جهل قدر المتحمل به غير مانع من صحة الضمان ؛ لأن الضمان يصبح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة أو الدرك ⁽¹⁾ .

ضمان الدرك

ضمان الدرك أن يضمن (الضامن) للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو أنه أخذ بشفعة سابقة على البيع يبيع آخر ، أو خرج المبيع معيباً فردّه المشتري ، أو ظهر ناقصاً إما لرداعته أو لنقص في وزنه . وبذلك فضمان الدرك هو المطالبة والمؤاخضة ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً فلا يظنّ به فاحتيج إلى التوثق به بعد قبض الثمن ؛ لأن الضامن إنما يضمن ما دخل في يد البائع ، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه . على أن كيفية ضمان الدرك بالثمن أن يقول الضامن للمشتري : ضمنت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه . ولا يخص ضمان الدرك بالثمن بل يجري في المبيع قبضه (الضامن) للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً ، أو أخذ بشفعة سابقة ، أو كان معيباً أو ناقصاً إما لرداعته أو لنقصان وزنه .

ويسمى ضمان الدرك أيضاً ضمان العهدة ؛ لالتزام الضامن برد ما في عهدة البائع . والعهدة : هي عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن . غير أن الفقهاء يستعملونه في الثمن ؛ لأنه مكتوب في العهدة مجازاً تسمية للحال باسم المحل . والدرك في اللغة : بالتحريك والتسكين بمعنى : التبعة . يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه ⁽²⁾ على أن ضمان الدرك أو العهدة معتبر عند الشافعية والحنابلة والصاحبين . ووجه قولهم : أن ضمان العهدة في متعارف الناس هو ضمان الدرك ، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، وذلك جائز بغير خلاف ⁽³⁾ . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن ضمان العهدة باطل . ووجه قوله : أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة وهو الصك . وأحدهما -- وهو الصك -- غير مضمون على الأصل (المكفول عنه) فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك ⁽⁴⁾ .

(1) المغني (ج 4 ص 592) والبدائع (ج 6 ص 9) وأسهل للمبارك (ج 2 ص 20) وبلغه السالك (ج 2 ص 156) .

(2) مختار الصحاح (ص 203) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 201) والمغني (ج 4 ص 592) والبدائع (ج 6 ص 9) .

(4) البدائع (ج 6 ص 9) والنبالة (ج 6 ص 645) .

رابعاً : أن يكون المضمون به معيناً . فلو كان لرجل على آخر دينان من جنسين أو جنس واحد متفقين أو مختلفين فقال (الضامن) : ضمنت أحد الدينين فلا يصح . وهو قول الشافعية في الجديد ؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والإجارة . وفي القديم من المذهب لا يشترط التعيين ؛ لأن معرفة المضمون به متيسرة ⁽¹⁾ ولم يشترط الحنفية كون المكفول به معيناً ؛ فإنه ربما كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس . وجملة الكلام : أن المكفول به أربعة أنواع : عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس ⁽²⁾ .

خامساً : أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً . وعلى هذا لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص ؛ لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها . وهو قول الحنفية والمالكية وكذا الشافعية في أحد القولين لهم . ووجه قولهم : أن العقوبة مبنية على الدفع ، فتقطع الدرائع المؤدية إلى توسيعها ⁽³⁾ .

وفي قول الشافعية الثاني : تصح الكفالة بيد من عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف وتزوير ؛ لأن ذلك حق لازم فأشبه المال . على أن مذهب الشافعية المنع من الكفالة في حدود الله كحد الخمر والزنا والسرقه ؛ لأنها يسعى في دفعها ما أمكن ⁽⁴⁾ .

الركن الخامس : الصيغة : ينعقد الضمان أو الكفالة بما يدل على الرضى وذلك باللفظ الصريح أو الكناية بما يشعر بالتزام كغيره من الحقوق ، وفي معنى ذلك الكتابة والإشارة المفهمة من الأخرس .

أما اللفظ الصريح فكقوله : ضمنت لك دينك على فلان أو تحملت أو تقلدته أو التزمت أو تكفلت بيده أو بالمال الذي على زيد أو أنا بإحضار الشخص ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل أو قبيل (كفيل) أو قال : علي ما على فلان أو علي أن أوفيك به أو علي أن ألقاك به أو دعه إلي أو غير ذلك من الألفاظ التي يعبر بها عن البدن حقيقة كقوله : تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو بيده . فهذه ألفاظ صرائح توجب لزوم مقتضي الضمان أو الكفالة . ويدل عليه كذلك من اللفظ الصريح ما يعبر به عن البدن

(1) الأنوار (ج 1 ص 466) ومعني المحتاج (ج 2 ص 202) .

(2) البدائع (ج 6 ص 7) .

(3) البدائع (ج 6 ص 9) وأسفل المدارك (ج 2 ص 19) ومعني المحتاج (ج 2 ص 204) .

(4) معني المحتاج (ج 2 ص 204) .

عرفاً كقوله : تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فإن كلاً منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة ، لكنه يشمل بطريق العرف . وكذا إذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة أو الضمان لا تنجزاً ، فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها . وذلك بخلاف ما إذا قال : تكفلت بيد فلان أو برجله ؛ لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصبح إضافة الطلاق إليهما .

أما الكناية فهو اللفظ الذي يشعر بالتزام الضمان كقوله : دين فلان إلي أو معي أو عندي . أو قال : خل عن فلان والدين الذي لك عليه إلي أو معي أو عندي ؛ لأن مثل هذه الألفاظ يحتمل أنه أراد بها غير الالتزام . أما ما لا يشعر بالتزام كقوله : أؤدي المال أو أحضر الشخص وخلا عن نية فليس بضمان بل هو وعد (1) .

على أن الركن في الصيغة الإيجاب والقبول ، أي الإيجاب من الضامن أو الكفيل ، والقبول من الطالب . وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه محمد . وهو أحد القولين للشافعية ، وكذا أبو يوسف في قوله الآخر . ووجه قولهم : أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التملك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع (2) .

وذهبت المالكية والحنابلة ، والشافعية في الراجح من مذهبهم إلى عدم اشتراط القبول من الطالب ؛ وذلك لعدم التعرض للقبول في حديث أبي قتادة ، فقد ضمن قتادة دين الميت من غير رضاه أو قبوله فأجازاه النبي ﷺ . ومن الاستدلال بالنظر أن قالوا : إن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض ، فأشبهت الشهادة (3) .

أقسام ركن الضمان

ركن الضمان أو الكفالة يحتمل جملة أقسام :

منها : أن يكون مطلقاً ، فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط صحته وهو ما بيناه سابقاً .

ومنها : أن يكون مقيداً بوصف التأجيل . فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم كما لو

(1) تنالج الأفكار (ج 7 ص 166 ، 167) ومغني المحتاج (ج 2 ص 206) والأنوار (ج 1 ص 468) وبلغة السالك (ج 2 ص 135) .

(2) البدائع (ج 6 ص 2) ومغني المحتاج (ج 2 ص 200) .

(3) المغني (ج 4 ص 391) والأنوار (ج 1 ص 468) ومعه حاشية الكمثرى (ج 1 ص 464) وأسهل المدارك (ج 2 ص 20) .

قال : أنا كفيل بزيد إلى شهر أو سنة . فقد ذهبت الحنفية إلى جواز ذلك ، وهو أحد القولين للشافعية ؛ ووجه ذلك : أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين والدين واحد وهو على الأصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة . ومن جهة أخرى : فإنه قد يكون للكفيل غرض في تسليمه في هذه المدة ^(١) .

وذهبت الشافعية في المعتمد من مذهبهم إلى أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأن يقول الكفيل : أنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء . ولو تجز الكفالة وشرط تأخير الإحضار بوقت معلوم كما لو جعله شهراً جاز ؛ لأن ذلك التزام لعمل في الذمة فجاز مؤجلاً كالعمل في الإجارة ^(٢) .

أما إن كان التأجيل إلى وقت مجهول فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد أو الدياس أو النيروز ونحو ذلك فإنه يجوز عند الحنفية . ووجه قولهم : أن هذا التأجيل ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة ، ولأن الكفالة تجوز بالعرف والكفالة إلى مثل هاتيك الآجال متعارفة . وذهبت الشافعية إلى بطلان مثل هذا العقد ؛ لأنه مبني على جهالة الأجل فلا يصح كالبيع . فلو كان التأجيل لا يشبه آجال الناس كمجيء النضر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة وهو قول الحنفية ؛ لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة ، خلافاً لقول الشافعية بالبطلان ^(٣) .

ومنها : أن يكون معلقاً بشرط . فإن كان الشرط سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز . وذلك كما لو قال الضامن لغيره : إن استحق المبيع فأنا كفيل ؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق . وكذا لو قال : إذا قدم زيد فأنا كفيل ؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو يكون مضاربة . فإن لم يكن سبباً لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن قال : إذا جاء المطر أو هبت الريح أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل ؛ لأن الكفالة فيها معنى التملك . وهو قول الحنفية والأصل في ذلك عندهم أنه لا يجوز تعليق الكفالة بالشرط إلا شرطاً كان سبباً لظهور الحق أو التوصل إليه في الجملة فيكون ملائماً للعقد فيجوز . وكذلك لو قال : إن قتلت فلان أو شجك فلان أو غصبك فلان

(١) البدائع (ج ٦ ص ٣) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٠٧) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٠٧) والأنوار (ج ١ ص ٤٦٨) .

(٣) البدائع (ج ٦ ص ٣) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٠٧) .

أو إن بايعت فلائنا فأنا ضامن لذلك جاز ؛ لأن هذه الأفعال سبب لوجوب الضمان وهو قول الحنفية أما إن قال : إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجوز عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف وذلك بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً لمحمد إذ قال بالجواز لتحقق غصب العقار ⁽¹⁾ .

أما الشافعية فلهم في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول : لا يجوز تعليق الضمان والكفالة بشرط كقوله : إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان أو تكفلت بيده ؛ لأن هذا عقد وهو لا يقبل التعليق كالبيع .
الثاني : يجوز تعليقهما بشرط ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق .
الثالث : يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة ؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة ⁽²⁾ .

ومنها : أن يعلق الضمان أو الكفالة بوقت معلوم كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت أو تكفلت ، أو قال : إن لم يؤد دينك غداً أو إن عجز عن الأداء فقد ضمنت به أو تكفلت بيده أو أنا ضامن به أو كفيل بيده فلا يجوز ؛ لأن الضمان عقد لا يحتمل التعليق كالبيع . وهو قول الشافعية في الراجح من مذهبه وهو ما بيناه في الفقرة السابقة . أما الحنفية فقالوا بالجواز ؛ لأن هذا تأجيل للكفالة إلى وقت معلوم فيصح كالتعليق بالشروط والتأجيل إلى وقت ⁽³⁾ .

على أنه لا يجوز شرط الخيار في الضمان للضامن ولا في الكفالة للكفيل ؛ لما فاتهما مقتضاهما ولا حاجة إليه ؛ لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر . فإن الخيار قد جعل ليعرف ما فيه الحظ ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما . وكذلك فإن الكفالة أو الضمان عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر . وعلى هذا فإن شرط الخيار في الكفالة والضمان يبطلهما ؛ لأن هذا الشرط ينافي مقتضاهما . وذلك الذي عليه عامة العلماء ⁽⁴⁾ .

(1) البدائع (ج 1 ص 14) .

(2) منتهي المحتاج (ج 2 ص 207) والأنوار (ج 1 ص 468) .

(3) البدائع (ج 1 ص 4) ومنتهي المحتاج (ج 2 ص 207) والأنوار (ج 1 ص 468) .

(4) منتهي المحتاج (ج 2 ص 207) والأنوار (ج 1 ص 468) والنباتة (ج 6 ص 788) والمغني (ج 4 ص 613) .

حكم الضمان

إذا ثبت الضمان صحيحًا تقرر له جملة أحكام :

منها : ثبوت ولاية مطالبة الضامن بما على الأصيل وهو المضمون عنه . أي أن للمستحق وهو المضمون له أو وارثه أن يطالب الضامن والأصيل بالدين مجتمعًا أو انفرادًا ، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر ببقائه . أما الضامن : فلحديث « الزعيم غارم » ، وأما الأصيل وهو المضمون عنه : فلائه ملزم بالدين وهو باقي عليه . وتحقيق ذلك : أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل لا غيره ، والدمتان مشغولتان به كالرهين بدين واحد . فالدين على واحد والمطالب به اثنتان إلا أن الضامن إن كان واحدًا طوّل بكل الدين ، وإن كان به كفيلاً طوّل كل واحد منهما بالنصف ؛ لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة . وكذلك يطالب الكفيل بنفسه بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبًا وإن كان غائبًا يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها . فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي ؛ حبسه إلى أن يظهر عجزه له . فإن علم القاضي ذلك أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضار المكفول ؛ لأنه بمنزلة المفلس ، لكن لا تنبغي الحيلولة بين الطالب والكفيل . وكذلك لا يحول الطالب بين الكفيل وأشفاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ^(١) .

على أنه لا يصح الضمان بشرط براءة الأصيل عند عامة العلماء ؛ وذلك لمناقاة الشرط لمقتضى الضمان . وكذا لو ضمن بشرط براءة ضامن قبله أو كفل بشرط براءة كافل قبله ؛ لأن الضمان أو الكفالة في الجملة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين ، والبراءة تنافي الضم . وكذلك فإن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما (الكفالة والحوالة) متغايران ؛ لأن تغاير الأسماء دليل تغاير المعاني إذا ثبت ذلك فإن الطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الضامن ^(٢) .

ومنها : ثبوت ولاية مطالبة الضامن الأصيل (المضمون عنه) وذلك إن كان الضمان

(١) البدائع (ج ٦ ص ١٠) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٠٨) والمغني (ج ٤ ص ٥٩٣) والأنوار (ج ١ ص ٤٦٩) وبلغة السالك (ج ٢ ص ١٥٨) .

(٢) البدائع (ج ٦ ص ١٠) وحاشية الشرقاوي (ج ٢ ص ١٢٢) .

بإذن الأصيل ؛ لأنه هو الذي أوقع الضامن في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها . أما إن كان الضمان بغير إذنه فليس للضامن حق مطالبة الأصيل بتسليم المضمون ؛ لأن الأصيل لم يسلط الضامن عليه .

على أن ثبوت حق المطالبة يكون في سائر أنواع الضمان . فإن كان الضمان بالنفس طالبه الضامن بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه . وإن كان الضمان بالعين المضمونة طالبه بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة . وإذا كان الضمان بدين طالبه الضامن بالخلاص إذا طوّل . ومعنى الخلاص أو التخليص : أن يؤدي دين المضمون له ليبرأ الضامن إذا طوّل . وعلى هذا فإن مجرد الضمان لا يوجب حقاً للضامن فليس له مطالبة الأصيل بتخليصه قبل أن يطالب ولا تفرجه قبل أن يفرج⁽¹⁾ .

ومنها : أن المضمون عنه لا يبرأ بغير أداء الضامن . وعلى هذا فإن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان ؛ بل إن الحق يثبت في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الممات . وذلك الذي عليه عامة العلماء . واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »⁽²⁾ وهذا يؤكد ثبوت الحق في ذمة المدين (المضمون عنه) ووجوب الأداء عنه .

ولو أبرأ المضمون له الضامن عن الدين لم يبرأ الأصيل (المضمون عنه) ؛ لأن الضامن تبع ولأن عليه المطالبة ، وبقاء الدين على الأصيل بدون المطالبة . وبعبارة أخرى فإن الأصيل لا يبرأ بإبراء التبع⁽³⁾ .

ومنها : لو مات الضامن أو المضمون عنه والدين مؤجل فقد حل عليه الدين لخراب ذمته . فإن كان الميث الأصيل (المضمون عنه) كان للضامن أن يطالب المستحق (المضمون له) بأخذ الدين من تركته أو إيرائه هو ؛ لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم .

أما إن كان الميث الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الذي أذن في الضمان قبل حلول الأجل . وبعبارة أخرى فإنه لو ضمن ديناً مؤجلاً فمات الأصيل حل عليه دون الضامن وله مطالبته بالأخذ من تركة

(1) البدائع (ج 6 ص 11) ومغني المحتاج (ج 2 ص 209) والبيان (ج 6 ص 754) والأنوار (ج 1 ص 469) والمغني (ج 4 ص 609 ، 610) .

(2) رواه أحمد في المسند عن سعد . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 676) .

(3) المغني (ج 4 ص 603-605) والأنوار (ج 1 ص 469) والبيان (ج 6 ص 754-756) .

الميت أو بإبرائه إن ضمن بالإذن . ولو مات الضامن حل عليه لا على الأصيل فإن أخذ من تركته لم يرجع الورثة حتى يحل على الأصيل ، وقد ذهب إلى ذلك عامة العلماء ⁽¹⁾ .

ما يخرج به الضامن عن الضمان

الضمان قسمان : أحدهما : ضمان المال : وهو التزام دين لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .
ثانيهما : ضمان النفس ، أو ضمان الوجه وهو التزام بإحضار الغريم وقت الحاجة وذلك الذي عليه أكثر أهل العلم فيهم الخفية والحائلة والمالكية ، والشافعية في الظاهر من مذهبهم ⁽²⁾ . وأضافت المالكية قسماً ثالثاً وهو ضمان الطلب . وهو عبارة عن التفيش على الغريم الذي عليه الدين ثم يخبر صاحب الدين به ولا يلزمه إحضاره ولا غرم عليه إلا إن قصر أو فرط ⁽³⁾ .

أما الضامن بالمال فإنه يخرج عن ضمانه بأحد أمرين :

أحدهما : أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل ، فإن حصل ذلك فقد حصل المقصود من الضمان فينتهي حكمه . وكذا لو وهب الطالب المال من الضامن أو من الأصيل ؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء ، وكذا لو تصدق بالمال على الضامن أو الأصيل ؛ لأن الصدقة تمليك كالهبة ، فكان ذلك وأداء المال سواء كالهبة .

ثانيهما : الإبراء وما في معناه . فإذا أبرأ الطالب الضامن أو الأصيل فقد خرج عن الضمان . على أنه إذا أبرأ الضامن لا يبرأ الأصيل ، وإذا أبرأ الأصيل فقد برئ الضامن ؛ لأن الدين على الأصيل لا على الضامن . وهذا عليه حق المطالبة فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته ، فيسقط حق المطالبة ضرورة ؛ لأن المطالبة بالدين ولا دين ، أما إبراء الضامن فإنما إبرأؤه عن المطالبة وليس عن الدين ؛ إذ لا دين عليه . وإسقاط حق المطالبة عن الضامن لا يقتضي بالضرورة إسقاط أصل الدين عن الأصيل ؛ لكن يخرج الضامن عن الضمان ⁽⁴⁾ .

(1) مني المحتاج (ج 2 ص 208) والأنوار (ج 1 ص 496) والمغني (ج 4 ص 602) والبدائع (ج 6 ص 3) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 159) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 22) والمغني (ج 4 ص 614 ، 615) والبدائع (ج 6 ص 7-9) والألوار (ج 1 ص 466) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 22) .

(4) البدائع (ج 6 ص 11) والمغني (ج 4 ص 605 ، 623) ومني المحتاج (ج 2 ص 208) وأسهل المدارك (ج 2 ص 21 ، 22) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 122) .

أما الضامن بالنفس ، فإنه يخرج عن الضمان بأشياء ثلاثة :

أولها : تسليم النفس المضمونة إلى الطالب . ويكون ذلك بالتخلية بين الضامن والمضمون بنفسه في موضع يستطيع فيه إحضاره مجلس القاضي ؛ لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من الضمان ، وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي ، فإذا حصل ذلك خرج الضامن عن الضمان . أما لو سلمه في صحراء أو برية فلا يخرج عن الضمان ؛ لعدم حصول المقصود وهو القدرة على إحضاره مجلس القضاء .

ثانيها : الإبراء . وهو أن يرى الطالب الضامن من الضمان بالنفس ، فإذا أبرأه خرج عن الضمان ؛ وذلك لأن حكم الضمان بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس فإذا أسقط المطالبة بالإبراء انتهى الحق ضرورة . على أن هذا الإبراء لا يكون للأصيل ؛ لأن الطالب أسقط المطالبة عن الضامن دون الأصيل . أما لو أبرأ الأصيل فإنهما يبرءان جميعاً .

ثالثها : موت المضمون بنفسه ؛ لأن الضمان بنفس على الأصيل وقد سقط عنه الضمان بموت النفس المضمونة فيسقط الضمان كذلك عن الضامن .

أما الضامن بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة ؛ فإنه يخرج عن الضمان بأحد أمرين :

أحدهما : تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة وكذا بالفعل المضمون .

ثانيهما : الإبراء . فإن أبرأه الطالب عن ذلك خرج من الضمان (1) .

(1) البدائع (ج ١ ، ص ١٢ ، ١٣) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص ١٦٣ ، ١٦٤) والمغني (ج ٤ ص ٨١٩-٨٢١) وسناسة الشراعي (ج ٢ ص ١٢٢) .

الحوالة

الحوالة في اللغة : التحول من مكان إلى مكان . وهي تحول ماء من نهر إلى نهر . نقول : أحلت فلاناً على فلان بدراهم ، أحيله إحالة وإحالة ، وهي إحالة غريم على آخر بدينه ⁽¹⁾ . والحوالة في الشرع : هي تحويل الدين من ذمة المدين إلى ذمة آخر فثبناً بها الذمة الأولى ، وقيل : هي عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ⁽²⁾ .

وثبتت شرعية الحوالة بكل من السنة والإجماع .

أما السنة ، فهي ما أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظلم مظل الغني ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ⁽³⁾ .

وأخرج ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « مظل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحلت على مليء فاتبعه » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « مظل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البخاري عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : « مظل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ⁽⁶⁾ .

وكذلك أجمع العلماء على جواز الحوالة في الجملة ⁽⁷⁾ .

أركان الحوالة

للحوالة خمسة أركان هي : المحيل والمحال والمحال عليه والدين والصيغة .

وسنعرض لتفصيل ذلك في البيان التالي :

(1) لسان العرب (ج 11 ص 190) ومختار الصحاح ص 163 .
(2) حاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 319) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 238) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 68) .
(3) ابن ماجه (ج 2 ص 803) . (5) البيهقي (ج 6 ص 70) .
(6) البخاري (ج 3 ص 123) .
(7) المغني (ج 4 ص 576) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 239) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 68) .

الركن الأول : المحيل :

وهو من عليه الدين وله جملة شروط هي :

أولاً : أن يكون عاقلًا ؛ فلا تصح حوالة المجنون ؛ لأنه ليس أهلاً للتصرف .

ثانياً : أن يكون بالغًا ؛ فلا يصح عقد الحوالة من الصبي .

ثالثاً : الاختيار ؛ فلو كان المحيل مكرهاً على الحوالة لا تصح ؛ لأن الحوالة إبراء وفيها معنى التكليف ، فلا تصح بالإكراه كسائر التعليلات (1) .

الركن الثاني : المحال

وهو من له الدين . وشروطه :

أولاً : العقل . فإن قبول المحال ركن في عقد الحوالة ولا يكون غير العاقل من أهل القبول . ومن جهة أخرى : فإن غير العاقل ليس من أهل التصرف فلا يصح عقده . وكذا الصبي العاقل على الخلاف إذ قالت الحنفية بجواز عقده بإذن وليه .

ثانياً : البلوغ . فليس الصبي من أهل التصرف فلا يصح عقده . على أن البلوغ عند الحنفية شرط نفاذ لا شرط انعقاد فينعتقد احتياله موقوفاً على إجازة وليه .

ثالثاً : الاختيار . وهو أن يكون المحال راضياً بالحوالة . فلو احتال مكرهاً لا تصح الحوالة لما بيناه في شرط المحيل . وهو قول الحنفية والشافعية ، خلافاً للمحنابلة (2) .

الركن الثالث : المحال عليه :

وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول . وشروطه :

أولاً : العقل والبلوغ ، فإنه لا يصح عقد الحوالة من المجنون والصبي عاقلًا أو غير عاقل ؛ لأن الحوالة في حقه من التصرفات الضارة فلا يملكها الصبي ولا الولي .

ثانياً : الاختيار . وهو أن يكون المحال عليه راضياً بالحوالة . فلو أكره على قبولها لا يصح منه ؛ وذلك لأن الحوالة استيفاء حق ، كأن المحال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه . وهو قول الحنفية ، والشافعية في قول لهم (3) .

(1) البدائع (ج 6 ص 16) والمغني (ج 4 ص 577) .

(2) البدائع (ج 6 ص 16) والمغني (ج 4 ص 576) والأنوار (ج 1 ص 459) .

(3) البدائع (ج 6 ص 16) وحاشيتا القلوبي وصغيرة (ج 2 ص 319) ومبني المحتاج (ج 2 ص 194) .

وذهبت الحنابلة ، والشافعية في المعتمد من مذهبهم إلى عدم اشتراط الرضا من المحال عليه ؛ لأنه محل الحق والتصرف كالعبد المبيع ؛ ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ⁽¹⁾ .

الركن الرابع : الدين :

وهو المحال به . وشرطه :

أولاً : أن يكون المحال به ديناً ؛ فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة ؛ لأن الحوالة نقل ما في الذمة ولا يكون ذلك في الأعيان .

ثانياً : أن يكون المحال به (الدين) لازماً ؛ فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة ؛ لأن ذلك دين تسمية لا حقيقة ؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين ⁽²⁾ .

الركن الخامس : الصيغة :

وهي الإيجاب والقبول . فالإيجاب من المحيل ، والقبول من المحال والمحال عليه جميعاً . والإيجاب أن يقول المحيل للطالب : أحلتك على فلان بكذا أو حولت حقك إلى فلان أو نقلته إليه أو نحو ذلك . والقبول من المحال والمحال عليه . وهو أن يقول كل واحد منهما : قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على التحول والانتقال ولو بإشارة أو كتابة . وهو قول الحنفية ؛ إذ اشترطوا القبول من المحال والمحال عليه جميعاً . ووجه قولهم : أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه . ولأن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على تفاوت فيمضهم أسهل مطالبة واقتضاء ، وبعضهم أصعب فلا بد من قبول المحال عليه ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضاعفاً إلى التزامه ⁽³⁾ .

أما الشافعية فلم يشترطوا القبول من المحال عليه . وعلى هذا فالصيغة في الحوالة أن يقول المحيل : أحلتك على فلان بكذا ، أو حولت حقك إلى فلان ، أو نقلته إليك ، أو جعلت ما استحق على فلان لك ، أو ملكتك الدين الذي لي عليه بحقك الذي علي ، ويقول المحال : قبلت أو تملككت . ولو قال : أحلني على فلان ، فقال : أحلتك ؛ جاز ⁽⁴⁾ .

(1) منهي المحتاج (ج 2 ص 194) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 114) والمغني (ج 4 ص 589) .

(2) البدائع (ج 6 ص 16) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 114 ، 120) والأنوار (ج 1 ص 459)

وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

(3) البدائع (ج 6 ص 15 ، 16) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 240) .

(4) الأنوار (ج 1 ص 459) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 69) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 319) .

شروط الحوالة

يشترط لصحة الحوالة جملة شروط هي :

الشرط الأول : الرضا من المحيل والمحال ؛ وذلك لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء . وحق المحال في ذمة المحيل فلا ينقل إلا برضاه ؛ لأن الذم تتفاوت . ويدل على رضاهما الصيغة وهما الإيجاب والقبول ؛ إذ بالصيغة يعلم رضاهما . ولا يشترط رضا المحال عليه ؛ لأنه محل الحق والتصرف . وذلك الذي عليه الشافعية والمالكية ⁽¹⁾ .

أما الحنفية فقد اشترطوا الرضا من المحيل والمحال كالذي عليه الشافعية والمالكية ؛ لأن الحوالة إبراء فيها معنى التملك فلا تصح بغير الرضا . وكذا المحال عليه يشترط رضاه عندهم (الحنفية) دون غيرهم فلو أكره المحال عليه لا تصح الحوالة ؛ لأن المحال عليه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه فاشترط رضاه ⁽²⁾ .

الشرط الثاني : أن تكون الحوالة بالدين فلا تصح بالأعيان المضمونة . وذلك كما لو أحال الغاصب مالك المفصوب على مديون له فلا يصح ؛ لأن الحوالة نقل ما في الذمة أو هي بيع دين بدين ، ولا يتحقق ذلك في الأعيان المضمونة كالمفصوب والمستعار . وكذا غير المضمونة كالمستأجر والمرهون بعد الفك ونحوهما ، وفي الجملة : فإن الحوالة إنما خصت بالدين ؛ لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين . وبعبارة أخرى : فإن الديون تنبئ عن النقل والتحويل ، والتحويل في الدين لا في العين . وهو ما لا خلاف فيه ⁽³⁾ .

الشرط الثالث : أن يكون الدين لازماً . فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة ، أو الدين الذي على صبي أو سفیه أو رقيق بغير إذن ولي أو سيد ، فلا تصح الحوالة على هؤلاء ؛ لعدم لزوم الدين في حقهم . وكذلك لا يجوز أن يحيل الفقير بالزكاة على غيره ؛ لامتناع الاعتياض عنها . وهو الذي عليه عامة العلماء ⁽⁴⁾ .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 193 ، 194) والأنوار (ج 1 ص 459) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

(2) البدائع (ج 6 ص 16) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 240) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 459) والبدائع (ج 6 ص 16) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 239) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 194) والأنوار (ج 1 ص 459) والبدائع (ج 6 ص 16) وبلغة السالك على شرح

الدردير (ج 2 ص 153) .

أما ما كان أصله اللزوم كئتمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه ؛ فلا تصح الحوالة فيه عند الحنفية والحنابلة وذلك لعدم استقرار الثمن ⁽¹⁾ خلافاً للشافعية إذ قالوا : تصح الحوالة بالثمن في مدة الخيار بأن يحيل المشتري البائع على إنسان فإنه يجوز في الأصح من المذهب ؛ لأن هذا العقد سيؤول إلى اللزوم بنفسه والجواز عارض فيه ⁽²⁾ .

الشرط الرابع : أن يكون الدين مستقراً . واستقرار الدين ثبوته . فلا تعتبر الحوالة في الدين غير المستقر (غير الثابت) وذلك كبديل الكتابة فإنه لا تصح الحوالة به ؛ لأنه غير مستقر ؛ فإن للمكاتب أن يمتنع من أدائه ، ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة ؛ لثبوته واستقراره .

ولو أحالت امرأة على زوجها بصداقتها قبل الدخول لم يصح ؛ لأن صداقتها قبل الدخول غير مستقر . أما إذا أحالها الزوج به صح ؛ لأن له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه . ولو أحالت به بعد الدخول صح ؛ لأنه مستقر ⁽³⁾ .

الشرط الخامس : تماثل الدينين . وهو أن يتفقا في القدر والجنس والنوع والصفة والحلول والتأجيل . وعلى هذا لا تجوز الحوالة بالقليل على الكثير وبالدراهم على الدينارين وبسكة على سكة أخرى وبالحال على المؤجل وبأبعد الأجل على الأقرب وبالصحیح على المكسر وبالرديء على الجيد ، وكذا العكس فلا يصح . وليس المراد بالتساوي في القدر أن يكون دين الحال على المحيل مساوياً لدين المحيل على الحال عليه بل المراد التساوي في قدر الحال به وعليه قدرًا وصفة . فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوي أن يكون ما على المحيل مثل ما على الحال عليه قدرًا وصفة ؛ لأنه يجوز أن يحيل بعشرة عليه على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة عليه على خمسة على غريمه . وكذا لو كان على زيد خمسة ولزيد على عمرو عشرة فأحال زيد بالخمسة التي على عمرو بخمسة من العشرة صحت الحوالة . وذلك الذي عليه أكثر العلماء ⁽⁴⁾ .

الشرط السادس : العلم بما يحال به وعليه قدرًا وصفة . أي علم كل من المحيل

(1) البدائع (ج 6 ص 16) والمغني (ج 4 ص 578) . (2) مغني المحتاج (ج 2 ص 194) .

(3) المغني (ج 4 ص 577 ، 578) والأنوار (ج 1 ص 459) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 195) والأنوار (ج 1 ص 460) والمغني (ج 4 ص 577) وأسهل المدارك (ج 3 ص 25-27) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 154) .

والحال بما يحال به وعليه من حيث القدر والصفة ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه إن قلنا : إن الحوالة بيع ولا يصح استيفاءه إن قلنا : إنها استيفاء .

وعلى هذا لو قال : أحلتك بما لك علي علي فلان وجهلا بقدر الدينين أو صفتها أو جهل أحدهما (الخيل والحال) بطلت الحوالة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والمالكية في قول لهم ⁽¹⁾ .

الشرط السابع : أن لا يكون الدين معلقاً ولا مؤقتاً ولا مشروطاً برهن أو خيار أو ضمن . وإذا حصل شيء من ذلك بطلت الحوالة . وهو قول الشافعية ، والمالكية في الظاهر من مذهبهم ⁽²⁾ .

حكم الحوالة

للمحوالة محلة أحكام :

منها : براءة الخيل . فإنه إذا اجتمعت الشروط السابقة لصحة الحوالة برئت ذمة الخيل . ووجه ذلك : أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها ، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة . وقد ذهب إلى ذلك عامة العلماء ⁽³⁾ خلافاً لزمفر إذ قال : الحوالة لا توجب براءة الخيل والحق باقي في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء . وهي رواية عن الحسن البصري إذ كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يرثه الحال . ووجه ما قاله زفر : أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة ، وليس من الوثيقة براءة الأول ، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء ⁽⁴⁾ .

والصحيح براءة ذمة الخيل ؛ لأن براءته تقتضيه الحوالة من حيث معناها . إذا ثبت ذلك برئ الخيل من دين الحال ، وتحول حق الحال إلى ذمة الحال عليه ، وبرئ الحال

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 195) والأنوار (ج 1 ص 460) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 320) والمغني (ج 4 ص 579) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 70) وأسهل المدارك (ج 3 ص 28) .
(2) الأنوار (ج 1 ص 460) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 71) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153 ، 154) .

(3) البدائع (ج 6 ص 17) والأنوار (ج 1 ص 460) والمغني (ج 4 ص 580) وأسهل المدارك (ج 3 ص 26) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 321) .

(4) المغني (ج 4 ص 580) والبدائع (ج 6 ص 17) .

عليه من دين المحيل سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت وغير ذلك .
وعلى هذا لو أفلس المحال عليه أو مات مقلساً أو جحد موسراً أو معسراً لم يكن للمحال الرجوع إلى المحيل سواء كان له بينة على الدين أو لم يكن ، وسواء غره المحيل أو لم يغره ، حتى لو رجع وأدى المحيل كان كقضاء دين الغير وهو قول الشافعية والحنابلة⁽¹⁾ ودليلهم في ذلك ما روي أن حزناً جد سعيد بن المسيب كان له على علي (رضي الله عنه) دين فأحاله به فمات المحال عليه ، فأخبره ، فقال : اخترت علينا أبعذك الله . فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع .

واستدلوا بالنظر فقالوا : إن الحوالة براءة من دين وليس فيها قبض ممن عليه ولا بمن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع ، كما لو أبرأه من الدين⁽²⁾ .

وقالت الحنفية : ليس للمحال الرجوع على المحيل إلا أن يتوى⁽³⁾ حقه . ووجه ذلك : أن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له ، إذ هو المقصود ، أو تنفسخ الحوالة فصار ذلك كوصف السلامة في المبيع .

والتوى ، بالألف المقصورة ، عند الحنفية بأحد الأمور الثلاثة :

الأول : أن يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه ؛ لأنه حيث لا يقدر على مطالبته .

الثاني : أن يموت المحال عليه مقلساً .

الثالث : أن يحكم الحاكم بإفلاس المحال عليه بالشهود حال حياته .

والعجز عن الوصول إلى الحق وهو التوى في الحقيقة يحصل بكل واحد من هذه الأمور الثلاثة . أما الأول فلما بيناه . وأما الثاني فلأنه لم يبق ثمة ذمة يتعلق بها الحق فيسقط عن المحال عليه ويثبت للمحال الرجوع على المحيل ؛ لأن براءته كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع⁽⁴⁾ وبما يستدل به على ذلك ما أخرجه البيهقي عن عثمان بن عفان قال : ليس على مال امرئ مسلم توى . يعني حوالة⁽⁵⁾ .

(1) المغني (ج 4 ص 581) والأنوار (ج 1 ص 460) وسنن البيهقي (ج 6 ص 71) ومغني المحتاج (ج 2 ص 195) .

(2) المغني (ج 4 ص 581) .

(3) يتوى : بالألف المقصورة ، والاسم التوى ، معناه هلاك المال . انظر مختار الصحاح ص 80 .

(4) نتائج الأفكار ومعه شرح النهاية (ج 7 ص 243-246) . (5) البيهقي (ج 6 ص 71) .

أما المالكية فقالوا : إذا شرط المحيل البراءة من الدين الذي عليه صحح ويرى فلا رجوع عليه من المحال . ولو مات المحال عليه أو أفلس فله الرجوع إذا لم يشترط البراءة ، فإن اشترطها كان له الرجوع .

وقالوا : لا رجوع للمحال لتعذر الاستيفاء إلا أن يغره المحيل ، لا إن علم فقره فرضي . فمن أحيل بدين فرضي فليس له رجوع على المحيل ، وإن أفلس المحال عليه ، إلا أن يغره منه . أي إلا أن يكون المحيل عالماً بإفلاس المحال عليه فله الرجوع عليه ⁽¹⁾ .

ومنها : ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته ، أو في ذمة المحيل على الخلاف في المسألة وهي : هل يشترط لصحة الحوالة ثبوت الدين في ذمة المحال عليه للمحيل أو لا يشترط ؟ فقد قالت الحنفية : إذا كانت الحوالة مطلقة ولم يكن للمحيل على المحال عليه دين ، فإن المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير . وإن كان له عليه دين فإن المحال عليه يطالب (بفتح اللام) بدينين هما : دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه المحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه . وجمله القول : أن في الحوالة المطلقة يجوز للمحيل أن يحيل على رجل ليس للمحيل عنده ولا عليه شيء ⁽²⁾ .

وذهب جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم صحة الحوالة من غير استقرار الدين وثبوته ؛ فقد اشترطوا لصحة الحوالة ثبوت الدين للمحيل على المحال عليه ؛ لأن الحوالة بيع دين بدين جوزت للحاجة ، وهي أن تحيل من له عليك دين على من لك عليه مثله ، كأن تقول : أحلتك بعشرتكَ علي ، على فلان بعشرتي عليه فيقول : احتلت . وعلى هذا فإنه لا تصح الحوالة ممن لا دين عليه للمحيل ⁽³⁾ .

ومن قول المالكية في شروط الحوالة : ثبوت دين للمحيل على المحال عليه وإلا كانت حمالة إن رضي المحال عليه وليست حوالة ، والحمالة هي التحمل من المحال عليه على سبيل التبرع ⁽⁴⁾ .

وعلى هذا لو أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليس ذلك حوالة ، فلا يلزم المحال عليه الأداء وكذا لا يلزم المحال قبول ذلك ؛ لأن الحوالة معاوضة ، ولا معاوضة هنا وإنما هو

(1) أسهل المدارك (ج 3 ص 26) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

(2) البدائع (ج 6 ص 17) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 250) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 459) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 319) وأسهل المدارك (ج 3 ص 26)

والغني (ج 4 ص 579) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 69) .

(4) بلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 153) .

اقتراض . فإن قبض المحال الدين من المحال عليه رجع هذا على المحيل ؛ لأنه قرض ⁽¹⁾ .
ومنها : ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال . فكلما لازمه المحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال . وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل ؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها . وهو قول الحنفية بناء على أصلهم في عدم اشتراط ثبوت الدين على المحال عليه للمحيل لصحة الحوالة ⁽²⁾ . وهو مخالف لما ذهب إليه أكثر العلماء من اشتراط استقرار الدين أو ثبوته في ذمة المحال عليه للمحيل وإلا لم تصح الحوالة بل تكون قرضاً . على أن المحيل تبرأ ذمته من دين المحال بمجرد حصول الحوالة ، ويتحول حق المحال إلى ذمة المحال عليه ، ويرأ المحال عليه من دين المحيل . وهو ما بيناه سابقاً .

ما يخرج به المحال عليه من الحوالة

يخرج المحال عليه من الحوالة بجملة أشياء :

منها : فسخ الحوالة ؛ لأن الحوالة فيها معنى المعاوضة أي معاوضة المال بالمال فهي بذلك تحمل الفسخ . وإذا فسخت الحوالة عادت المطالبة بالدين إلى المحيل . وهو قول الحنفية ⁽³⁾ ، خلافاً للشافعية ، والحنابلة في الظاهر من مذهبهم ؛ إذ قالوا : إن الحوالة لا تحمل الفسخ . ووجه ذلك : أن الحوالة ليست معاوضة ؛ لأن القول بذلك يفضي إلى بيع الكالئ بالكالئ وهو منهي عنه . ولكن الحوالة إبراء من دين بمنزلة القبض ⁽⁴⁾ .

ومنها : التوى - وهو ضياع المال وهلاكه - ويكون التوى بأمر ثلاثة هي : موت المحال عليه مفلساً ، وجدد الحوالة من غير بينة للمحال ، ثم إفلاس المحال عليه حال حياته فيقضي القاضي بإفلاسه بناء على أن القاضي يقضي بالإفلاس حال حياته عند الصاحيين . فإذا توى المحال به (الدين) انتهى حكم الحوالة وخرج المحال عليه منها . وهو قول الحنفية . واستدلوا على ذلك بما روي عن عثمان (رضي الله عنه) أنه قال في المحال عليه : إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل . وقال : لا توى على مال امرئ مسلم . وروي عن شريح والحسن والشعبي والنخعي مثل ذلك . وقالوا : إن الدين كان

(1) المغني (ج 4 ص 579) .

(2) البدائع (ج 6 ص 18) .

(3) البدائع (ج 6 ص 18) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 70) والأنوار ومعه حاشية الكشيري (ج 1 ص 460) .

(4) الأنوار ومعه حاشية الكشيري (ج 1 ص 461) ومغني المحتاج (ج 2 ص 196) والمغني (ج 4 ص 582) .

ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة ، والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء ، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة إلا أنه بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه ، لكن إلى غاية التوى ؛ لأن حياة الدين بالمطالبة ، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الإحياء ، فعادت المطالبة إلى محلها الأصلي ⁽¹⁾ .

والظاهر من مذهب الشافعية والحنابلة عدم انتهاء الحوالة بالتوى . فلو تعذر أخذ الدين من المحال عليه لقلس طراً بعد الحوالة أو جحد منه للدين ونحو ذلك من معاني التعذر لم يرجع المحال على المحيل بل تظل الحوالة سارية حتى لو شرط عليه الرجوع بشيء من ذلك لم تصح الحوالة ؛ لاقترانها بشرط يخالف مقتضاها ⁽²⁾ .

ومنها : أن يؤدي المحال عليه المال إلى المحال . فإذا أداه إليه خرج عن الحوالة فإنه لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها . وهو مالا خلافاً فيه ⁽³⁾ .

ومنها : أن يتصدق المحال على المحال عليه بالدين ويقبله ؛ لأن الصدقة والهبة بمعنى الإبراء ، وهو مخرج للمحال عليه من الحوالة ⁽⁴⁾ .

ومنها : أن يموت المحال ، فيرثه المحال عليه ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 18) وسنن البيهقي (ج 6 ص 71) .

(2) مني المحتاج (ج 2 ص 195 ، 196) والمنني (ج 4 ص 581) .

(3) البدائع (ج 6 ص 19) والمنني (ج 4 ص 580) .

(4) البدائع (ج 6 ص 19) والمنني (ج 4 ص 579) .

(5) البدائع (ج 6 ص 19) .

الوكالة

الوكالة في اللغة بفتح الواو وكسرها بمعنى الحفظ ، والوكيل الحافظ . قال تعالى : ﴿ أَلَا تَتَجَدَّوْا مِنْ دُونِي وَكَيْلًا ﴾ أي حافظًا . وكذلك قوله عز وعلا : ﴿ وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾ أي الحافظ . وقوله جلّت قدرته : ﴿ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا ﴾ أي حفيظًا . ويراد بها أيضًا التفويض والاعتماد . وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى اللَّهِ قَلْبُكَ فَالْمُتَوَكِّلُونَ ﴾ أي يعتمدون عليه ويفوضون أمرهم إليه ⁽¹⁾ . والوكالة في الشرع : تفويض الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم يقبل النيابة ⁽²⁾ .

شرعية الوكالة

شرعت الوكالة بكل من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ فَابْعَثُوا أَمْعَكُمْ يُوقِظُكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ ⁽³⁾ وهذه وكالة . وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالسَّكِينِ وَالْمَكْمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ ⁽⁴⁾ فقد جوز العمل على الصدقات ، وذلك يعني النيابة عن المستحقين .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه الدارقطني عن جابر بن عبد الله قال : أردت الخروج إلى خير فأتيت رسول الله ﷺ - وهو في المسجد - فسلمت عليه ، فقلت له : إني أريد الخروج إلى خير فأحببت التسليم عليك بأبي أنت وأمي يكون ذلك آخر ما أصنع بالمدينة . فقال لي : « إذا أتيت وكيلي بخير فخذ منه خمسة عشر وسقًا » فلما وليت دعاني فقال لي : « خذ منه ثلاثين وسقًا ، فوالله ما لآل محمد بخير ثمرة غيرها ، فإن ابتغى منك آية فضع يديك على ترقوته » ⁽⁵⁾ .

وأخرج البخاري أن النبي ﷺ : « أشرك عليًا في هديه ثم أمره بقسمتها » ⁽⁶⁾ وهذه وكالة .

(1) لسان العرب (ج 11 ص 734-736) .

(2) نتائج الأفكار (ج 7 ص 499) ومغني المحتاج (ج 2 ص 217) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 336) .

(3) سورة التوبة الآية (60) .

(4) سورة الكهف الآية (19) .

(5) البخاري (ج 3 ص 128) .

(6) الدارقطني (ج 4 ص 155) .

وأخرج البخاري أيضًا عن عقبة بن عامر (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ «أعطاه غنمًا يقسمها على صحابته» فبقي عتود فذكره للنبي ﷺ فقال: «ضح به أنت» (1) وهذه وكالة .
وأخرج البخاري عن نافع أنه سمع ابن كعب بن مالك يحدث عن أبيه أنه «كانت لهم غنم ترعى بسلع ، فأبصرت جارية لنا بشاة من غنمنا موتًا فكسرت حجورًا ، فذبحتها به فقال لهم : لا تأكلوا حتى أسأل النبي ﷺ ، أو أرسل إلى النبي ﷺ من يسأله ، وأنه سأل النبي ﷺ عن ذلك أو أرسل ، فأمره بأكلها» (2) وهذه وكالة ؛ إذ قامت الجارية بذبح الشاة نيابة عن صاحبها ؛ كيلا تموت من غير تذكية .

وأخرج البخاري أيضًا عن سهل بن سعد قال : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت من نفسي ، فقامت طويلاً ، فقال رجل : زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة ، قال «هل عندك من شيء تُصليُّها» قال : «ما عندي إلا إزار» فقال : «التمس ولو خائماً من حديد» فلم يجد . فقال : «أملك من القرآن شيء؟» قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا لسور سماها ، فقال : «قد زوجناكها بما معك من القرآن» (3) وهذه وكالة فقد توكل النبي ﷺ في تزويج هذه المرأة . وغير ذلك من النصوص كثير .

ومن جهة أخرى فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا ، ومن المعقول أن الحاجة تدعو إلى التوكيل . والمنع من جواز ذلك يفضي إلى الحرج (4) .

أركان الوكالة

للوكالة أربعة أركان هي : الموكل والوكيل والموكل فيه والصيغة . ونعرض لبيان كل واحد من هذه الأركان تفصيلاً :

الركن الأول : الموكل :

وشروطه التمكن من فعل ما وكل به بنفسه ؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره . فما لم يملكه بنفسه لا يحتمل التفويض إلى غيره . وعلى هذا لا

(2) البخاري (ج 3 ص 130) .

(1) البخاري (ج 3 ص 129 ، 130) .

(3) البخاري (ج 3 ص 132) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 217) والمغني (ج 5 ص 87) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 499) وحاشية

الشرقاوي (ج 2 ص 105) .

يصح توكيل المجنون والصبي والمغنى عليه بمرض أو غيره وكذا الشيخ المفند⁽¹⁾ والنائم . ولا يصح توكيل الفاسق في تزويج غيره وكذا السكران .

وجملة القول في ذلك : أن من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة ، حرّاً أو عبداً ، مسلماً أو كافراً . وهو ما عليه عامة العلماء في الجملة⁽²⁾ .

وللحنفية في وكالة الصبي تفصيل ؛ إذ قالوا : لا يصح التوكيل من الصبي الذي لا يعقل أصلاً ؛ لأن العقل من شرائط الأهلية . وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحو ذلك من التصرفات الضارة المحضة . ويصح بالتصرفات النافعة كقبول الهبة والصدقة من غير إذن . أما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة فإن كان مأذوناً له في التجارة يصح منه التوكيل بها ؛ لأنه يملكها بنفسه . وإن كان محجوراً ينقذ موقفاً على إجازة وليه وعلى إذن وليه بالتجارة⁽³⁾ .

الركن الثاني : التوكيل :

وشرطه العقل ؛ فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل ، وكذا النائم والمعتوه ؛ لسلب ولايتهم . وجملة القول في التوكيل : أنه يشترط فيه صحة مباشرته التصرف المأذون فيه لنفسه وإلا فلا يصح توكيله ؛ لأن تصرف الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره فإن تصرفه له بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة ، فإذا لم يقدر على الأقوى فإنه لا يقدر على الأضعف بطريق الأولى .

أما الحرية : فليست شرطاً في صحة التوكيل ، فلعبد أن يتوكل بإذن سيده . وهو قول عامة العلماء⁽⁴⁾ .

أما الصبي العاقل : فإنه لا يجوز أن يكون وكيلاً عند الشافعية ؛ لأنه ليس من أهل التصرف⁽⁵⁾ . وذهبت إلى جواز وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي ؛ لأنه ممن يصح تصرفه⁽⁶⁾ .

(1) المفند : هو ضعيف الرأي للهرم . والفعل منه أفند . انظر مختار الصحاح ص 513 .
(2) الأنوار (ج 1 ص 480) والبدائع (ج 6 ص 20) ومغني المحتاج (ج 2 ص 217) والمغني (ج 5 ص 87) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 510 ، 511) .
(3) البدائع (ج 6 ص 20) .
(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 218) والبدائع (ج 6 ص 20) والأنوار (ج 1 ص 480) والمغني (ج 5 ص 88) .
(5) مغني المحتاج (ج 2 ص 218) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 105 ، 106) .
(6) المغني (ج 5 ص 88) .

ويشبه ذلك مذهب الحنفية في المسألة ؛ إذ لم يشترطوا البلوغ لصحة الوكالة . وعلى هذا تصح وكالة الصبي العاقل إذا كان مأذوناً له . واستدلوا على ذلك بما روي عن عمرو بن أم سلمة أنه زوج أمه من النبي ﷺ وكان صبياً ⁽¹⁾ .

الركن الثالث : الموكَّل فيه :

ويشترط فيه جملة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الموكَّل فيه مملوكاً للموكِّل حين التوكيل ؛ لأنه إذا لم يملكه فكيف يأذن فيه ؟ وعلى هذا لو وكله بطلاق من سينكحها ، أو قضاء دين سيلزمه ، أو تزويج ابنته المعتدة إذا انقضت عدتها بطلت الوكالة ، أي أن ذلك لم يصح ؛ لأنه إذا لم يباشر ذلك بنفسه حال التوكيل فكيف يستنيب غيره فيه ؟ وهو القول الأصح في المذهب الشافعي ، والظاهر من مذهب الحنفية والحنابلة ⁽²⁾ .

الشرط الثاني : أن يكون الموكِّل فيه قابلاً للنيابة ؛ لأن الوكالة إنابة فما لا يقبل الإنابة لا يصح فيه التوكيل . وعلى هذا لا تصح الوكالة في العبادات كالصلاة والصيام والاعتكاف ؛ لأن المقصود من ذلك الاجتهاد والاختيار بإتباع النفس ، ولا يتحقق ذلك بالتوكيل . ويستثنى من ذلك الحج والعمرة عند المعجز ، وكذا توزيع الزكاة لمستحقيها ، وكذا الصدقة وذبح الهدي والعقيقة والأضحية ، ونحو ذلك مما تجوز النيابة فيه . ولا تصح النيابة في الشهادة ؛ لأن الحكم فيها منوط بعلم الشاهد نفسه وهو غير حاصل للتوكيل . وكذلك لا تصح في الإبراء ؛ لأنه حلف بالله تعالى ، ولا في النذر أو الظهار أو اللعان أو القسامة إلخاً فلكل ذلك بالآيمان .

ويصح التوكيل في البيع والشراء ؛ لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في ذلك . فإن الموكَّل قد يكون ممن يحسن البيع والشراء ، أو قد يكون له مال وهو لا يحسن التجارة فيه . ويصح التوكيل كذلك في الحوالة والرهن والضمان والشركة والوديعة والمضاربة والجعل والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والإبراء ؛ لأن ذلك في معنى البيع من حيث الحاجة إلى التوكيل فيها . ولا خلاف في ذلك ⁽³⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 20) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 503) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 481) ومغني المحتاج (ج 2 ص 219) والبدائع (ج 6 ص 22 ، 23) والنيابة (ج 7 ص 262) والمغني (ج 5 ص 89) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 481) والمغني (ج 5 ص 89) وأسهل المدارك (ج 2 ص 379) ومغني المحتاج (ج 2 ص 220) والبدائع (ج 6 ص 23) .

ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول ، فقد وكل النبي ﷺ عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له ؛ ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه ، فإن النبي ﷺ « تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بارض الحبشة » (١) .

ويجوز التوكيل كذلك في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق ؛ وذلك لحاجة الناس إلى التوكيل في مثل ذلك . ويجوز التوكيل كذلك في تحصيل المباحات كإحياء الموات والاستقاء والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب (٢) .

أما التوكيل . بحقوق الله تعالى وهي الحدود فذلك نوعان :

أحدهما : التوكيل بإثبات الحدود . وذلك موضع خلاف ؛ فقد قالت الحنفية : إذا كان الحد لا تدعو فيه الحاجة إلى الخصومة كحد الزنا والخمر فلا يجوز التوكيل فيه بالإثبات وهو قول الشافعية ، ووجه ذلك : أن الحدود مبنية على الدرع فقد أمرنا بدرء الحدود والتوكيل فيها موصل لعدم الدرع ، وهي إنما تثبت عند القاضي بالبيئة أو الإقرار من غير خصومة (٣) .

وذهبت الحنابلة إلى أنه يجوز التوكيل في إثبات الحدود . ودليلهم في ذلك حديث أنيس وهو أن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » فعننا عليها فاعترفت فرجمها (٤) . وهذا يدل على أن الزنا لم يكن قد ثبت وقد وكله في إثباته واستيفائه جميعاً .

واستدلوا بالنظر فقالوا : إن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك الحدود ، فإذا دخلت الحدود في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى . على أن الوكيل يقوم مقام الموكل في درء الحدود بالشبهات (٥) .

أما إن كان الحد مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف ، فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد . ووجه قولهما هو الفرق بين الإثبات والاستيفاء وهو أن امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالإثبات . وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يجوز التوكيل فيهما . ووجه قوله : أنه مثلما لا يجوز

(١) المغني (ج ٥ ص ٨٩) ونتائج الأفكار (ج ٧ ص ٥٠٢) وأسهل المدارك (ج ٢ ص ١٧٨) .

(٢) المغني (ج ٥ ص ٨٩) والأنوار (ج ١ ص ٤٨١) ونتائج الأفكار (ج ٧ ص ٥٠٠ ، ٥٠١) .

(٣) البدائع (ج ٦ ص ٢١) مني المحتاج (ج ٢ ص ٢١١) .

(٤) أخرجه الترمذي (ج ٤ ص ٤٠) . (٥) المغني (ج ٥ ص ٩١) .

التوكيل في ذلك بالاستيفاء فكذا بالإثبات ؛ لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء . وهو قول الشافعية أيضًا ؛ وذلك لبناء الحدود على الدرء ⁽¹⁾ .

ثانيهما : التوكيل باستيفاء الحدود . وذلك موضع خلاف كذلك .

فقد ذهبت الحنفية إلى أنه لا يجوز التوكيل في استيفاء الحدود والقصاص حال غيبة الموكل ؛ لأن هذه الحقوق تندرج بالشبهات . وشبهة العضو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي . يقول سبحانه : ﴿ وَأَنْ تَعْمُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾ وذلك بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فإن الوكالة به تجوز ؛ ذلك أن المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع به بطل هذا الحق . وهذا في القصاص ، وأما الحدود فإن الذي يلي استيفاءها الإمام وقد لا يحسن الاستيفاء فجاز توكيل الجلال . ولا يخفى أن تحليل التني حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم في القصاص دون الحدود ؛ لأن العفو فيها لا يتحقق أصلاً ، حتى ولو كان ذلك حد قذف وسرقة ؛ لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده ، حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت إليه ⁽²⁾ .

وذهبت الشافعية والحنابلة إلى أنه يصح التوكيل في استيفاء حقوق الله كحد الزنا والسرقة والقذف كسائر الحقوق ؛ لأن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت . وكذلك أمر النبي ﷺ بـرجم ماعز فرجموه . وغير ذلك من صور التوكيل في استيفاء الحدود كثير ، ونعرض لتفصيل ذلك لدى الكلام عن الحدود إن شاء الله . واستدلوا بالنظر فقالوا : إن الحاجة تدعو للتوكيل في استيفاء الحدود ؛ ولأن الأمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ⁽³⁾ .

أما التوكيل في استيفاء القصاص فهو موضع تفصيل كذلك .

فقد قالت الحنفية : إن كان الموكل حاضراً جاز التوكيل ؛ لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل . وإن كان غائباً فلا يجوز التوكيل في الاستيفاء ؛ لأن احتمال العفو قائم ؛ لجواز أنه لو كان حاضراً لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة . وهذا المعنى منعدم حالة حضور الموكل ⁽⁴⁾ .

(1) الهدايع (ج 6 ص 21) ومغني المحتاج (ج 2 ص 221) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 504-506) .

(2) نتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 7 ص 506-504) والبنية (ج 7 ص 266 ، 267) .

(3) المغني (ج 5 ص 91) ومغني المحتاج (ج 2 ص 221) .

(4) الهدايع (ج 6 ص 21 ، 22) .

وذهبت الشافعية والحنابلة في ظاهر مذهبه إلى أنه يجوز التوكيل في استيفاء القصاص سواء كان ذلك في حضرة الموكل وغيبته . ووجه ذلك : أن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحقوق وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد ، والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه ، والأصل عدمه فلا يؤثر . ألا ترى أن قضاة النبي ﷺ كانوا يحكمون في البلاد وقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ .

وجملة القول : أنه يصح التوكيل في عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف كسائر الحقوق (١) .

الشرط الثالث : أن يكون الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه بحيث يقل الغرر .

ولا يشترط علم الوكيل من كل وجه ؛ لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة في الموكل فيه ، فيكفي أن يكون معلوماً من وجه يقل معه الغرر للوكيل بخلاف ما إذا كثر الغرر .

فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير من أموري أو في أموري كلها ، أو فوضت إليك كل شيء ، أو أنت وكيلني فتصرف كيف شئت ، أو نحو ذلك من وجوه التوكيل ، فإنه لا يصح ؛ لكثرة الغرر فيه . أما لو قال : وكلتك في بيع أموالني وقبض ديوني واستيفائها وعقق أرقائي ورد ودائمي ومخاصمة خصمائي ونحو ذلك ، فإنه يصح وإن جهل الأموال والديون ومن هي عليه ، وكذا لو جهل الأرقاء والودائع ومن هي عنده والخصوم وما فيه الخصومة ؛ لقلة الغرر في ذلك ، بخلاف ما لو قال : بع بعض مالي أو طائفة أو سهماً منه ، أو بيع هذا أو هذا ، أو قال : اشتر لي ثوباً أو حيواناً أو ما رأيت من الخيل لم يصح ذلك كله ؛ لكثرة الغرر .

ولو وكله في شراء دار فإنه يجب مع ذكر النوع أو الثمن ذكر المحلة أو السكة ، وكذا في شراء الخانوت يجب ذكر السوق ؛ تحريزاً من الغرر الكثير .

وجملة القول في ذلك : أنه لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ؛ فإن قال : وكلتك في كل شيء ، أو في كل قليل وكثير ، أو في كل تصرف يجوز لي ، أو في كل ما لي أن أتصرف فيه ، فإنه لا يصح . وهو قول الشافعية والحنابلة ، وكذا الحنفية في الجملة ؛ لأن في مثل هذا التوكيل غرراً عظيماً وخطراً كبيراً . فإنه يدخل في ذلك هبة المال وطلاق الزوجات وإعتاق الرقيق فيلزمه بذلك المهور الكثيرة والأثمان العظيمة فيعظم الغرر وهو ما لا يجوز (٢)

(١) المغني (ج ٥ ص ٩٢) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٢١) والأنوار (ج ١ ص ٤٨١) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٢١) والأنوار (ج ١ ص ٤٨١) والمغني (ج ٥ ص ٩٤) ونتائج الأفكار (ج ٧ ص ٥٠١) .

على أن الحنفية قالوا إذا كان توكيله مطلقاً فإنه يتقيد بحال الوكيل بحسب عمله أو صناعته . فلو قال : وكلتك في كل أموري ، أو أقمته مقام نفسي ، فليس ذلك توكيلاً عاماً ، فإن كان له صناعة معلومة كالتيجارة مثلاً فإنه ينصرف توكيله إلى ذلك وإن لم يكن له صناعة معلومة أو كانت معاملاته مختلفة ، فالوكالة باطلة ؛ للجهالة . ولو وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا يتقاضى شيئاً ولا شراء ، ولو قال : فوضت لك أمر مستغلاتي وكان قد أجرها ، فقد ملك تقاضي الأجرة وقبضها . وكذا لو قال : فوضت لك أمر ديوني ملك التقاضي ، وأمر ديواني ملك الحفظ والرعي والتعليف . ولو قال : فوضت إليك أمر امرأتي فقد ملك طلاقها وهكذا فإن التوكيل إن كان مطلقاً وجب تقييده بحسب صناعة الوكيل وبحسب حال الموكل فيه ⁽¹⁾ .

الركن الرابع : الصيغة وهي الإيجاب والقبول ؛ فإنه لا تصح الوكالة إلا بهما ؛ لأن الوكالة عقد تعلق به حق كل واحد منهما ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع . فالإيجاب من الموكل . وهو كل لفظ يدل على الرضا كأن يقول له : وكلتك بكذا أو فعل كذا . أو أذنت لك أن تفعل كذا ، أو فوضت إليك أو أبتعتك فيه ، أو جعلتك أو أجزت لك أن تفعل كذا . أو قال له : بع أو اشتري أو زوج أو أعتق أو طلق ونحو ذلك من الألفاظ التي تجري مجرى التوكيل .

أما القبول من الوكيل فهو بأن يقول : قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على الرضا . وكذا يجوز القبول بكل فعل دلّ على القبول كأن يفعل ما يأمره الموكل بفعله ؛ لأن الإيجاب إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام . وعلى هذا لا يشترط في القبول أن يكون باللفظ بل ينعقد بالكتابة والرسالة .

وجملة ذلك : اشتراط الإيجاب والقبول لصحة الوكالة ؛ لما فيهما من دلالة الرضا . فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد . وعلى هذا فإنه يشترط عدم رد الوكالة . فلو قال : لا أفعله أو لا أقبله بطل العقد . ولو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم ؛ لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه . وذلك ما لا خلاف فيه ⁽²⁾ .

(1) نتائج الأفكار (ج 7 ص 500 ، 501) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 482) والمغني (ج 5 ص 92 ، 93) ومغني المحتاج (ج 2 ص 222) والبدائع

(ج 6 ص 20) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 500) .

أما علم الوكيل بالتوكيل فهو شرط في الجملة عند الحنفية . فلو وكل رجلاً ببيع عين فباعها الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى يعجزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة ، لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به ⁽¹⁾ .

أما الشافعية : فلم يشترطوا علم الوكيل بالتوكيل وقالوا : ينفذ التصرف قبل العلم إن اتفق وأمره به الموكل ⁽²⁾ .

أما تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت أو غير ذلك فهو موضع خلاف أيضاً ؛ فقد ذهبت الحنفية والحنابلة إلى أنه يجوز تعليق الوكالة على شرط ؛ وذلك كقوله : إذا قدم الحاج فيبيع هذا الطعام ، أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحماً أو إذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية ، أو إذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم ، أو إذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا ، أو قال : إن قدم زيد فأنت وكيلني في بيع كذا ، أو قال : وكلتك في بيع كذا غداً ؛ فإنه يصير وكيلًا في الغد فما بعده ولا يكون وكيلًا قبل الغد .

واستدلوا على ذلك من السنة بأن النبي ﷺ بحث بعثة إلى مؤتة في جمادى الأولى سنة ثمان واستعمل عليهم زيد بن حارثة وقال : « إن أصيب زيد فجعفر بن أبي طالب على الناس ، فإن أصيب جعفر فعبد الله بن رواحة على الناس » ⁽³⁾ وهذا يفيد تعليق الوكالة على شرط . ولأن التوكيل إطلاق التصرف ، والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعناق ⁽⁴⁾ .

أما الشافعية فقالوا : لا يجوز تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت ، كقوله : إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا ، أو فأنت وكيلني فيه ، وذلك في الأصح من المذهب كسائر العقود . وفي قولهم الثاني يصح كالوصية ؛ وبناء على عدم جواز التعليق في الوكالة - وهو المعتمد في المذهب - فإنه لو علقها بشيء بطلت ، وإذا وجد الشرط وتصرف الوكيل نفذ للإذن وفسد الجعل إن كان ثمة جعل ولزم أجره المثل . ولو تجزئ الوكالة وعلق التصرف بأن قال : وكلتك الآن ، فإذا جاء رأس الشهر فبيع جازت . ولا ينفذ التصرف قبل وجود الشرط . ولو أقت الوكالة وقال : وكلتك إلى شهر أو سنة تأقتت ولا ينفذ التصرف بعدها ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 20 ، 21) .
 (2) الأنوار (ج 1 ص 482) .
 (3) سيرة ابن هشام (ج 4 ص 15) .
 (4) المغني (ج 5 ص 93) والبدائع (ج 6 ص 20) .
 (5) مغني المحتاج (ج 2 ص 223) والأنوار (ج 1 ص 482) .

حكم الوكالة

إذا ثبتت الوكالة صحيحة ؛ فإن ذلك يقتضي ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل وهو ما نعرض لبيان في هذا التفصيل :

التوكيل بالخصومة في الإقرار : يملك الوكيل بالخصومة الإقرار على موكله وهو قول الحنفية (أبو حنيفة والصاحبان) . ووجه قولهم : أن التوكيل بالخصومة توكيل بالجواب وهو حق . وقد يكون هذا التوكيل إنكاراً ، وقد يكون إقراراً ، فإذا أقر الوكيل على موكله دل ذلك على أن الحق هو الإقرار فينفذ على الموكل .

ثم اختلفوا فيما بينهم ، فقال أبو حنيفة ومحمد : يصح إقرار الوكيل في مجلس القاضي فقط . ووجه ذلك : أن الموكل فوض الأمر إلى الوكيل ، لكن في مجلس القاضي ؛ لأن التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة إنما يختص بمجلس القاضي .

وقال أبو يوسف : يصح التوكيل في مجلس القاضي وفي غيره ؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره ، وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي ، فكذا إقرار الوكيل ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنابلة ، والشافعية في الأصح من مذهبه إلى أنه لا يصح التوكيل في الإقرار ، وعلى هذا لو وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره .

ووجه قولهم : أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء ، بخلاف الإنكار فإنه لا يقطع الخصومة . وفي قول الشافعية الثاني : يصح على أن يبين جنس المقر به وقدره ⁽²⁾ .

أما المالكية فقالوا : لا يصح لوكيل الخصومة بالإقرار إلا بإذن الموكل حتى إذا فعل من غير إذن الموكل لم يلزمه شيء من ذلك . على أنه يشترط لتنفيذ الإقرار على الموكل ثلاثة شروط :

الأول : أن يقر بشيء معقول يناسب الدعوى فلا يقر بشيء زائد عن المناسب .

الثاني : أن يقر بما هو من نوع الخصومة كأن يوكله في دين فيقر بأنه قبض بعضه أو أبرأه عن بعضه . أما إذا وكله بدين له عند خصمه فأقر له بأنه أئلف له وديعة عنده ونحو ذلك فإن الإقرار لا ينفذ ؛ لأنه ليس من نوع الخصومة .

(1) البدائع (ج 6 ص 24) والبناءة (ج 7 ص 354) ونتائج الأفكار (ج 7 ص 504) .

(2) المغني (ج 5 ص 99 ، 100) وحاشيتنا القلوبي وعميرة (ج 2 ص 339) .

الثالث : أن لا يقر لشخص بينه وبينه ما يوجب التهمة كصديقه أو قريبه أو نحو ذلك ⁽¹⁾ التوكيل بالخصومة في المال : إذا قضى القاضي بمال فإن القاضي يملك قبضه وهو قول الحنفية الثلاثة خلافاً لزفر . ووجه قولهم : أنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه ؛ لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض ، فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض ⁽²⁾ .

وذهبت الحنابلة وزفر من الحنفية إلى أن الإذن بالخصومة في المال لا يقتضي قبضه . ووجه ذلك : أن القبض لا يتناول الإذن بالخصومة في المال نطقاً ولا عرفاً ؛ إذ ليس كل من يرضاه لتبitt الحق يرضاه لقبضه . وقال زفر كذلك في توجيهه : إن المطلوب من الوكيل بالخصومة هو الاهتمام ومن الوكيل بالقبض الأمانة ، وليس كل من يهتدي إلى شيء يؤتمن عليه ، فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض . وعلى هذا فإن الوكيل بالخصومة في مال لا يملك قبضه ؛ لما بيناه ، وهو الظاهر من قول الشافعية والمالكية ⁽³⁾ .

التوكيل بتقاضي الدين : يملك الوكيل بتقاضي الدين قبضه وإقباضه ؛ لعموم الحاجة إلى ذلك ؛ ولأن حق التقاضي لا ينقطع إلا بالقبض فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض ؛ ولأن التقاضي والاقتضاء والاستيفاء واحد . وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة ، وكذا الحنفية ، إلا أن المتأخرين منهم قالوا : إن الوكيل لا يملك قبض الدين في عرف ديارنا ؛ لأن الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي كالوكلاء على أبواب القضاة ؛ لتهمة الخيانة في أموال الناس ⁽⁴⁾ .

على أن الوكالة في ذلك قسمان :

أحدهما : ما لو كانت الوكالة عامة ، بأن قال له وقت التوكيل بالقبض : اصنع ما شئت ، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي ، أو نحو ذلك . فإن كانت كذلك فإن الوكيل يملك أن يوكل غيره بالقبض ؛ لأن الأصل فيما يخرج مخرج العموم أن يجري على عمومه .

ثانيهما : ما لو كانت الوكالة خاصة . فليس له أن يوكل غيره بالقبض ؛ لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إليه . فإن فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين ؛ لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح ، كان قبضه وقبض الأجنبي سواء ⁽⁵⁾ .

(1) أسهل للمدارك (ج 2 ص 380 ، 381) . (2) البدائع (ج 6 ص 24 ، 25) .

(3) البدائع (ج 6 ص 24 ، 25) والمنني (ج 5 ص 100) وأسهل للمدارك (ج 2 ص 379) وحاشيتا القليوبي وعميرة (ج 2 ص 338) .

(4) البدائع (ج 6 ص 25) والمنني (ج 5 ص 100) وأسهل للمدارك (ج 2 ص 379) ومنهني المحتاج (ج 2 ص 220) .

(5) البدائع (ج 6 ص 25) والمنني (ج 5 ص 97) .

والأصل في ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف ؛ لأن تصرفه إنما كان بالإذن فاختص بما أذن فيه ، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى . وعلى هذا لو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده ؛ لأن إذنه لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً ؛ لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره (1) .

الوكيل بالبيع : والتوكيل بالبيع يحتمل وجهين :

أحدهما : ما لو كان مقيداً فإن كان كذلك روعي فيه القيد من غير خلاف ، فإن خالف قيده لا ينفذ على الموكل ، ولكن يتوقف على إجازته ، إلا أن يكون خلافه إلى خير ؛ وذلك لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه ، وإن كان الخلاف إلى خير فإتما ينفذ ؛ لأنه وفاق من حيث المعنى ، وإن كان خلافاً من حيث الصورة . فلو قال له : بع هذا بألف درهم فباعه بأقل من الألف لم ينفذ ؛ لأنه خلاف إلى شر . وإن باعه بأكثر من ألف درهم نفذ ؛ لأنه خلاف إلى خير فلم يكن خلافاً أصلاً إلا من حيث الصورة لا المعنى . وكذا لو وكله بالبيع بألف درهم حالة فباعه بألف نسبية لم ينفذ ، بل يتوقف على إجازة الموكل . وإن وكله بأن يبيعه بألف نسبية فباعه بألف حالة نفذ ؛ لأن الخلاف إلى خير وهو وفاق في المعنى (2) .

ثانيهما : ما لو كان مطلقاً فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بالغين الفاحش . وعلى هذا لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله . فلو باع بغين يسير صبح وهو أن يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالباً ، كما لو باع ما يماثل عشرة بتسعة ، أما بثمانية فلا . وقد ذهب إلى ذلك جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية . ووجه ذلك : أن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف والبيع بغين فاحش ليس متعارفاً فلا ينصرف إليه (3) .

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى مراعاة الإطلاق في البيع . وعلى هذا يملك الوكيل أن يبيع بالقليل والكثير . ووجه قوله : أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل (4) .

(1) المغني (ج 5 ص 131) والأنوار (ج 1 ص 485) .

(2) البدائع (ج 6 ص 27) والمغني (ج 5 ص 132) والأنوار (ج 1 ص 485 ، 486) .

(3) البدائع (ج 6 ص 27) والمغني (ج 5 ص 135) والأنوار (ج 1 ص 484) وأسهل المدارك (ج 2 ص 381) .

(4) البدائع (ج 6 ص 27) .

التوكيل بالشراء : جواز التوكيل بالشراء ثبت على خلاف القياس ؛ لكونه أمراً بالتصرف في مال غيره ؛ ولأن المشتري متهم بمظنة شرائه لنفسه ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة ، ومع ذلك فإنه يجوز التوكيل بالشراء باعتبار الحاجة ؛ إذ ليس كل واحد مهيباً أن يشتري لنفسه بنفسه فيحتاج إلى من يوكل به غيره . والحاجة إلى التوكيل بالشراء بثمن قد جرى التعارف بشراء مثله بمثله ؛ فينصرف الأمر بمطلق الشراء إليه .

على أن التوكيل بالشراء إما أن يكون مقيداً وإما أن يكون مطلقاً ؛ فإن كان مقيداً روعي فيه القيد بغير خلاف سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن حتى إذا خالف لا يلزم الموكل الشراء إلا إذا كان الخلاف إلى خير فيلزم الموكل . ومثال ذلك : ما لو وكله في الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل بل يلزم الشراء الوكيل ، وكذا لو اشتراه نسيئة بثمنه نقداً لا يلزم الموكل . وكذا لو اشترى بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله فحكمه حكم من لم يؤذن له في الشراء . ولو قال له الموكل : اشتر لي كذا بألف درهم فإن كان مثله يشتري بألف أو أكثر من ألف أو أقل من ألف مقدار ما يتغابن فيه الناس لزم . وإن كان النقصان أكثر مما يتغابن فيه الناس فقد لزم الشراء الوكيل لا الموكل .

وكذلك ما لو أمره أن يشتري بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل ؛ لأنه وإن خالف صورة فقد وافق معنى ، والعبارة للمعنى لا للصورة .

ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الشراء الوكيل لا الموكل ؛ لأن الخلاف إلى غير منفعة الموكل . والأصل في ذلك أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه ؛ لأنه متهم بمظنة الشراء لنفسه ، فأمكن تنفيذه عليه بخلاف الوكيل بالبيع فإنه إن خالف توقف بيعه على إجازة الموكل ؛ لأن الوكيل بالبيع غير متهم .

أما إذا كان التوكيل بالشراء مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فإنه يتقيد به . وعلى هذا لو وكل رجلاً بشراء سلعة موصوفة لم يصح أن يشتريها إلا سليمة ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ؛ ولذا جاز الرد بالعيب . فإن اشترى معيها يعلم عيبه لم يلزم الشراء الموكل ؛ لأن الوكيل اشترى غير ما أذن له فيه وإن لم يعلم عيبه فقد صح البيع ؛ لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر ؛ لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه ، فإذا علم عيبه ملك رده ؛ لأنه قائم في الشراء مقام الموكل ، وللموكل أن يرده أيضاً ؛ لأنه صاحب الملك . وذلك الذي عليه

جمهور العلماء وفيهم الشافعية والحنابلة والمالكية والصاحبان من الحنفية ⁽¹⁾ خلافاً للإمام أبي حنيفة ؛ إذ قال : للوكيل أن يشتري المغيب ؛ لأن الإطلاق في التوكيل يدخل فيه المغيب ، ولأن اسم الشراء بإطلاقه يقع على المغيب الذي اشتراه الوكيل مثلما يقع على السليم ، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل ⁽²⁾ .

الوكالة عقد أمانة

يد الوكيل يد أمانة وإن كان يجعل ؛ لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف حتى أن يده كيده . والوكالة عقد إرفاق ومعونة ، والضمان منافئ لذلك ومنقر عنه .

وعلى هذا لا يضمن ما تلف في يده بلا تعدد . فإن تعدى في العين الموكول فيها كما لو لبسها أو ركبها أو نحو ذلك فإنه يضمن بخلاف ما لو تلفت بغير تعدد فإنه لا يضمن وهو أمين كغيره من الأمانة . ومن التعدي أن يضيع الموكول فيه من الوكيل ولا يدري كيف ضاع . وكذا لو وضعه في موضع ثم نسيه . وذلك الذي عليه أكثر العلماء فيهم الشافعية والمالكية والحنفية ⁽³⁾ أما الحنابلة فقد خالفوا في ذلك ؛ إذ قالوا : لا تبطل الوكالة بالتعدي من الوكيل فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة . ووجه قولهم : أن الوكيل إذا تصرف في الموكول فيه فقد تصرف بإذن موكله فصيح ، كما لو لم يتعد . وذلك يفارق الوديعة من جهة أن هذه أمانة مجردة فنافاها التعدي والحيانة ، أما الوكالة فهي إذن في التصرف تضمنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله . وعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً . فإذا باعه صح بيعه وبرئ من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمائه . فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه ؛ لأن قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه ⁽⁴⁾ .

قال صاحب البدائع في هذا الشأن : إن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة ؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع ، فيضمن بما يضمن في الودائع ويرأ بما يرأ فيها ، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ⁽⁵⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 27-30) والمغني (ج 5 ص 133-136) ومغني المحتاج (ج 2 ص 224-230) والأنوار (ج 1 ص 484-486) وأسهل المدارك (ج 2 ص 381) . (2) البدائع (ج 6 ص 29 ، 30) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 230) والأنوار (ج 1 ص 488) وأسهل المدارك (ج 2 ص 381) والبدائع (ج 6 ص 34) .

(4) المغني (ج 5 ص 125) . (5) البدائع (ج 6 ص 34) .

ما يخرج به الوكيل عن الوكالة

يخرج الوكيل عن الوكالة بهجمة أشياء :

منها : ما لو عزل الموكل ؛ لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل . فإن الوكالة جائزة من الجانبين ، أي من جانب الموكل ؛ لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه ، ومن جانب الوكيل ؛ لأنه قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مضراً بهما على أنه يشترط لصحة العزل شرطان :

أحدهما : علم الوكيل بالعزل ؛ لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به وذلك قوله الحنفية والمالكية ، وأحد القولين للشافعية ، وإحدى الروايتين للحنابلة فإذا عزل الموكل في حضوره بأن أتى بلفظ العزل خاصة أو قال في حضوره : رفعت الوكالة أو أبطلتها أو أزلتها أو فسختها أو نقضتها أو صرفتها أو أخرجتك منها فقد انعزل الوكيل ؛ وذلك لدلالة كل من الألفاظ المذكورة عليه . أما إذا عزله وهو غائب انعزل كذلك شريطة علمه بالعزل وهو قول الحنفية والمالكية وأحد قولي الشافعية وإحدى الروايتين عن الحنابلة ، كما بيناه .

وكذا لو عزله غائباً بأن يكتب إليه كتاباً فيه عزله ، فإذا بلغه الكتاب وعلم ما فيه انعزل ؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر . وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فيبلغ الرسالة وقال إن فلاناً أرسلني إليك ويقول : إني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائناً ما يكون الرسول من حيث العدالة والحرية أو عدم ذلك ومن حيث الصغر أو الكبر ؛ وذلك لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر عنه وسفير ، فتصح سفارته بعد أن صححت عبارته على أية صفة كان ذلك ^(١) .

وذهبت الشافعية في الأصح من مذهبهم والحنابلة في الرواية الثانية عنهم إلى أنه لا يشترط علم الوكيل بالعزل ، فإن عزله وهو غائب انعزل في الحال ؛ لأن العزل رفع للعقد ولا يعتبر فيه الرضا فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق ، وقياساً على ما لو وكل أحدهما والآخر غائب ، وكذلك فإن عزله قبل علمه فيه ضرر يوجب بالوكيل ؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلاً ^(٢) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ٣٧) وأسهل المدارك (ج ٢ ص ٣٨٣) والمغني (ج ٥ ص ١٢٣) وبلغة السالك (ج ٢ ص ١٨٩) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٣١) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٣١) والمغني (ج ٥ ص ١٢٣) .

ثانيهما : أن لا يتعلق بالوكالة حق للآخرين فإذا تعلق بها حق للآخرين فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق ؛ لأن في العزل إبطالا لحقه من غير رضاه وهو لا يصح ، كما لو وكل المدعى عليه وكيلًا بالخصومة مع المدعي فعزله المدعى عليه بغير حضور المدعي فإنه لا ينعزل ؛ لأن في عزله إبطالا لحق المدعي في المدعى به ⁽¹⁾ .

ومنها : ما لو فسخ الوكيل عقد الوكالة . فإن الوكالة تنفسخ بخروج أحدهما أو فسخه العقد ؛ لأن لكل واحد منهما الفسخ . فلو قال الوكيل : فسخت الوكالة أو رددتها أو رفعتها أو أبطلتها أو أخرجت نفسي منها أو عزلت نفسي فقد انعزل .

وجملة القول في ذلك : أن الوكالة عقد جائز من العاقدین كليهما ، فللموكل أن يعزل وكيله متى شاء ، وكذلك للوكيل أن يعزل نفسه ؛ لأن عقد الوكالة إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما أن يبطله ⁽²⁾ .

ومنها : ما لو مات الموكل ؛ لأن التوكيل حصل بأمر الموكل فإذا مات بطلت أهليته فتبطل الوكالة بذلك . وهو ما لا خلاف فيه . فلو تصرف الوكيل بعد موت موكله كان تصرفه باطلا سواء علم الوكيل بموته أو لم يعلم . وهو قول الحنفية ، والشافعية في الراجح من مذهبه ، وهو إحدى الروايتين للحنابلة ⁽³⁾ وفي الرواية الأخرى أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل ؛ لأنه لو انعزل قبل علمه بموته كان في ذلك ضرر له ؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة فيتضرر ⁽⁴⁾ .

ومنها : ما لو مات الوكيل . فإنه بموته تبطل الوكالة ؛ لأن الموت يبطل لأهلية التصرف . وفي الجملة : فإن موت الوكيل أو الموكل تنتهي به الوكالة مثلما ينتهي النكاح بموت أحد الزوجين . وهو ما لا خلاف فيه ⁽⁵⁾ .

ومنها : جنون الموكل أو الوكيل . وهو أن يكون جنونه مطبقا ؛ لأن الجنون المطبق يبطل لأهلية التصرف في كل منهما فتنتهي به الوكالة . وهو ما لا خلاف فيه ⁽⁶⁾ .

(1) البدائع (ج 6 ص 38) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 448) ومغني المحتاج (ج 2 ص 231) والمغني (ج 5 ص 123) .

(3) البدائع (ج 6 ص 38) والمغني (ج 5 ص 123) والأنوار (ج 1 ص 449) ومغني المحتاج (ج 2 ص 231) .

(4) المغني (ج 5 ص 123) .

(5) البدائع (ج 6 ص 38) والأنوار (ج 1 ص 449) ومغني المحتاج (ج 2 ص 231) والمغني (ج 5 ص 123) .

(6) البدائع (ج 6 ص 38) والمغني (ج 5 ص 123) والأنوار (ج 1 ص 449) .

ومنها : لحاق الوكيل بدار الحرب مرتدًا ؛ فإنه بذلك يخرج الوكيل عن عقد الوكالة . وهو قول الإمام أبي حنيفة ؛ لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضًا إلا أن يعود إلى دار الإسلام مسلمًا ، خلافًا لما ذهب إليه الصحابان وهو أن الوكيل لا يخرج عن الوكالة بلحاقه بدار الحرب مرتدًا بناء على أن تصرفات المرتد نافذة فكذا الوكالة . وهو قول الشافعية في الجملة . إذ قالوا : لو مات أحد طرفي عقد الوكالة أو جنّ أو أغمي فقد انزل . أما لو سكر أو نام أو ارتد لم ينزل (١) .

ومنها : لحاق الموكل بدار الحرب مرتدًا . فإنه بذلك تبطل الوكالة . حتى لو عاد مسلمًا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية ، ووجه ذلك : أن لحاقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا إذا لحق بدار الحرب .

وروي عن محمد أن الوكالة تعود بعودة الموكل إلى دار الإسلام مسلمًا ، ووجه ذلك : أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فإذا عاد مسلمًا عاد ملكه الأول فيعود بحقوقه (٢) وعند الشافعية : لم ينزل الموكل أو الوكيل بالردة (٣) .

ومنها : تصرف الموكل بنفسه . فإذا تصرف بنفسه فيما وكل به قبل أن يتصرف الوكيل فقد خرج الوكيل عن الوكالة . وذلك كما لو وكله ببيع دابته فباعها الموكل أو وهبها أو أجزها أو رهنها أو تصدق بها ، وكذا لو استحققت فإنه بذلك يخرج الوكيل عن الوكالة لمعجزه عن التصرف ؛ وذلك لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة . وجملة ذلك : أنه ينتهي حكم الوكالة فيما لو تصرف الموكل في عين الموكل فيه وذلك يبيعه أو استهلاكه قبل تصرف الوكيل . وهو ما لا خلاف فيه (٤) .

ومنها : هلاك الموكل فيه . وذلك كما لو وكله ببيع دابة أو نحوها ، أو هبتها فماتت فإن الوكالة تبطل ؛ لأن التصرف في المحل (الموكل فيه) لا يتصور بعد هلاكه ، والوكالة فيما لا يحتمل التصرف محال فتبطل . وهو ما لا خلاف فيه (٥) .

(١) البدائع (ج ٦ ص ٣٨) والأنوار (ج ١ ص ٤٨٩) والبنية (ج ٧ ص ٣٨٥) .

(٢) البدائع (ج ٦ ص ٣٩) . (٣) الأنوار (ج ١ ص ٤٨٩) .

(٤) البدائع (ج ٦ ص ٣٩) وأسهل المدارك (ج ٢ ص ٣٨٣) والأنوار (ج ١ ص ٤٨٩) والمغني (ج ٥ ص ١٢٨) .

(٥) البدائع (ج ٦ ص ٣٩) والمغني (ج ٥ ص ١٢٧) وأسهل المدارك (ج ١ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤) .

الإقرار

الإقرار في اللغة : الاعتراف بالحق والإذعان له ⁽¹⁾ .

والإقرار في الشرع : اعتراف الشخص بما يوجب حقاً عليه ⁽²⁾ .

شرعية الإقرار

ثبتت شرعية الإقرار بكل من الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْنَاكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَوَعَدَكُمْ لَتَمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مَصْدُوقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ ⁽³⁾ .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا خَرُونَ اعْرِفُوا بُدُوتِهِمْ ﴾ ⁽⁴⁾ وغير ذلك من مثل هذه الآية كثير .

أما السنة : فمنها ما أخرجه الترمذي وغيره أن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » فعدا عليها فأعترفت فرجمها ⁽⁵⁾ .

وأخرج مسلم عن أبي هريرة أنه قال : أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناده فقال : يا رسول الله ! إني زنيت ، فأعرض عنه ، فتنحى تلقاء وجهه ، فقال له : « يا رسول الله ! إني زنيت ، فأعرض عنه حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال له : « أهلك جنون ؟ » قال : لا . قال : « فهل أحصنت ؟ » قال : نعم . فقال رسول الله ﷺ : « اذهبوا به فارجموه » ⁽⁶⁾ وهذا دليل صريح على اعتبار الإقرار واعتراف الشخص بما عليه من حق . وكذلك قد أجمعت الأمة على صحة الإقرار والمؤاخذه به ⁽⁷⁾ .

أما القياس : فوجهه أننا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار فإن قبول الإقرار نفسه أولى ،

(1) القاموس المحيوط (ج 2 ص 120) ومختار الصحاح ص (529) .

(2) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 137) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 190) .

(3) سورة آل عمران الآية (81) . (4) سورة التوبة الآية (102) .

(5) الترمذي (ج 4 ص 40) . (6) مسلم (ج 5 ص 116) .

(7) المغني (ج 5 ص 149) ومغني المحتاج (ج 2 ص 238) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 137) .

والإقرار أكد من الشهادة (1) .

أركان الإقرار

للإقرار أربعة أركان هي : مقر ومقر له ومقر به وصيغة . وفي بيان ذلك نعرض لهذا التفصيل :

الركن الأول : المقر :

وله شروط هي :

أولاً : أن يكون بالغاً ؛ فلا يصح الإقرار من الصبي ، سواء أذن له وليه أو لم يأذن . وسواء كان مميزاً أو لم يكن ، وهو قول الشافعية . ولو ادعى الصبي البلوغ بالاحتلام أو ادعت الصبية بالحيض مع إمكان ذلك ، وهو أن يكون في سن يحتمل البلوغ فإنه يصدق ؛ لأن هذه العلامات لا تعرف إلا من جهته . والمراد بالاحتلام الإنزال في اليقظة أو المنام ولا يلزمه في ذلك حلف بل يصدق بقوله فقط . أما لو ادعى البلوغ بالسن طولب البينة على ذلك . ولو أقر بعد بلوغه ورشده أنه أثلف في صباه مالا لزمه كما لو قامت به بينة (2) .

وذهبت الحنفية والحنابلة إلى عدم اشتراط البلوغ للإقرار . وعلى هذا يصح إقرار الصبي العاقل (المميز) بالدين والعين إن كان مأذوناً له ؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة إلا أنه لا يصح إقرار المحجور ؛ لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر ، والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد ذلك في المحجور . وقد روي عن الإمام أحمد قوله في اليتيم : إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه ، ووجه قولهم : هو أن الصبي المميز عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ (3) .

ثانياً : أن يكون عاقلاً ؛ فلا يصح إقرار المجنون والنائم والمغمى عليه بالمرض وغيره . ويصح إقرار السكران المتعدي بشربه فهو يلحق في ذلك بالصاحي عقوبة له وبيان ذلك أن من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه كان كالمجنون من حيث الحكم ، فلا يسمع إقراره بغير خلاف . وإن كان ذلك بمعضية كالسكران أو كمن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة أو عذر فإنه لا يصح إقراره . ووجه ذلك : أن السكران أو من زال

(1) المغني (ج 5 ص 149) ومغني المحتاج (ج 2 ص 238) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 497) ومغني المحتاج (ج 2 ص 238) .

(3) البدائع (ج 7 ص 222) والمغني (ج 5 ص 150) .

عقله بمعصية غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ؛ ولأن السكران لا يوثق بصحة قوله ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلا يصح إقراره (1) .

أما الحرية فليست شرطاً لصحة الإقرار . فيصح الإقرار من العبد المأذون بالدين والعين . وكذا إقراره بالحد كالزنا وشرب الخمر والقذف ، وكذا القصاص ؛ فإن ذلك يقبل منه فيؤاخذ به للحال ؛ لأن الحق له دون مولاه . ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح . وذلك ما لا خلاف فيه (2) .

إقرار المريض

يصح إقرار المريض في الجملة . فإن الصحة ليست بشرط لصحة الإقرار . وعلى هذا فإن المرض ليس بمانع من صحة الإقرار . فالمريض إذا أقر صح إقراره في الجملة ؛ لأن صحة إقرار الصحيح هي برجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب ، وحال المريض أدل على الصدق فكان إقراره أولى بالقبول .

على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز ؛ لأن ذلك إقرار صادر عن غير متهم فيه فهو مقبول كما لو كان إقراراً في الصحة . ويحقق ذلك أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول ، خلافاً للإقرار للوارث ؛ لأنه متهم فيه وهو الذي عليه أكثر أهل العلم (3) . وقالت المالكية : إذا مرض شخص مرضاً مخوفاً فإنه لا يقبل إقراره لمن يتهم عليه بمودته من قريب أو صديق ملاطف سواء كان وارثاً أو غير وارث ؛ إلا أن يجهز الورثة ذلك (4) .

ولو أقر المريض بدين حال مرضه ، وكان عليه دين آخر قد ثبت حال صحته بيينة أو إقرار وكان في المال سعة للدينين معا فهما (الدينان) في المال سواء . أما إن ضاق الدين عن قضاء الدينين معا فهما فيه سواء . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والظاهر من مذهب المالكية . وبه قال أبو ثور . ووجه قولهم : أن الدينين حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ، ولم يختص أحدهما برهن فاستويا ، كما لو ثبتا بالبيينة أو أقر بهما في الصحة أو في المرض (5) .

(1) الأنوار (ج 1 ص 497) والبدائع (ج 7 ص 223) والمغني (ج 5 ص 150 ، 151) وبلغه السالك (ج 2 ص 190) .

(2) البدائع (ج 7 ص 222) والأنوار (ج 1 ص 497) والمغني (ج 5 ص 151 ، 152) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 190) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 320) .

(3) المغني (ج 5 ص 213) والبدائع (ج 7 ص 223) والأنوار (ج 1 ص 498) .

(4) أسهل المدارك (ج 3 ص 85) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 190) .

(5) المغني (ج 5 ص 213) والأنوار (ج 1 ص 498) وبلغه السالك (ج 2 ص 190 ، 191) .

وذهبت الحنفية إلى تقديم الديون الظاهرة لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولاً من التركة ، فما فضل يصرف إلى غرماء المرض . ووجه ذلك : أن المقر في حال المرض قد أقر بعد تعلق الحق بتركته ، فوجب أن يتقدم عليه الدين الذي ثبت بيينة وهو ما كان في حال الصحة . والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ؛ إذ لو تبرع بشيء من ماله لا يتفد تبرعه .

وبعبارة أخرى فإن دين الصحة مقدم على ما أقر به في مرضه ؛ لأن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال لحق الغير . وفي إقرار المريض إبطال لحق الغير ؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال من حيث الاستيفاء . ولهذا منع المريض من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث إذا أحاطت الديون بماله ، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين ⁽¹⁾ .

ثالثاً : أن يكون مختاراً . فإنه يشترط لصحة الإقرار تحقق الاختيار في المقر . فلا يصح إقرار المكره على الإقرار . وذلك الذي عليه عامة أهل العلم . ودليل ذلك ما قاله رسول الله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ⁽²⁾ .

ومن الاستدلال بالنظر أن المكره غير مكلف حالة الإكراه . وكذلك فإن الإقرار إكراهاً هو قول بغير حق فلم يصح كالبيع ⁽³⁾ جاء في البدائع قوله في هذا الشأن : أن الإكراه يمنع صحة الإقرار سواء كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن ؛ لأن الإقرار إخبار ، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقاً على الإخبار ، والخبر به ههنا يحتمل الوجود والعلم وإنما يترجح جانب الوجود على جانب العدم بالصدق ، وحال الإكراه لا يدل على الصدق ؛ لأن الإنسان لا يتخرج عن الكذب حالة الإكراه فلا يثبت الرجحان . ولأن الإقرار من باب الشهادة . قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَوْنُوا قَوْمِينَ يَلْقَوْنَ شَهَادَةَ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ والشهادة على أنفسهم ليس إلا الإقرار على أنفسهم ، والشهادة ترد بالتهمة ، وهو متهم حالة الإكراه ، ولو أكره على الإقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى ؛ لأن الحدود والقصاص تسقط بالشبهات ⁽⁴⁾ .

رابعاً : أن يكون المقر معلوماً . فلو قال رجلان لفلان : على واحد منا ألف درهم لا يصح الإقرار ؛ لأن المقر مجهول . وما لم يكن المقر معلوماً فلا يتمكن المقر له من المطالبة

(1) البدائع (ج 7 ص 225) والنباية (ج 7 ص 588) .

(2) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 2 ص 16) .

(3) المغني (ج 5 ص 151) والأنوار (ج 1 ص 499) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 190) والبدائع

(ج 7 ص 189) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 324) . (4) البدائع (ج 7 ص 189 ، 190) .

فلا يكون في هذا الإقرار فائدة فلا يصح . وهو من اشتراط الخفية ⁽¹⁾ .

الركن الثاني : المقر له :

ويشترط فيه ما يلي :

أولاً : أهليته لاستحقاق المقر به ؛ لأنه حيث يصادف محله وصدقه محتمل . وعلى هذا فإنه يخرج ما إذا أقرت المرأة بصدقتها عقيب النكاح لغيرها ، أو أقر الزوج ببطل الخلع عقيب الخاتمة لغيره ، أو أقر المجني عليه بالأرض عقيب استحقاقه لغيره ؛ لأن صدق هؤلاء غير محتمل . وكذلك لو أقر لبيمة أو دار لم يصح إقراره لها وكان باطلاً ؛ لأنها لا تملك المال مطلقاً ولا يد لها . ولو قال : علي بسبب هذه البهيمة كذا فليس ذلك إقراراً لأحد ؛ لأنه لم يذكر لمن البهيمة ، ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له . وكذا لو قال : لدابة زيد أو داره علي كذا فهو لغو لأن المقر له ليس أهلاً للاستحقاق ، فإنه غير قابل للملك في الحال ولا في المال ولا يتصور منه تعاطي السبب كالبيع ونحوه . أما لو قال : للمالك هذه الدابة أو لزيد علي بسببها كذا صح الإقرار ولزم ؛ لأنه أضاف الإقرار إلى ممكن الاستحقاق كالإقرار بمال من وصية ونحوها . ولو قال المقر : لفلان الميت علي أو عندي كذا وكان ذلك إقراراً لوارثه فتقضى منه ديونه ؛ لأنه تركه . وكذلك لو أقر لطفل أو لمجنون صح إقراره سواء بين سبب ذلك أو أطلق . ولو قال : لحمل فلانة علي أو عندي كذا أو أطلق أو أسند إلى جهة صحيحة كالوصية والإرث صح إقراره ؛ لأن مثل هؤلاء أهل لاستحقاق المقر به . وإقراره للحمل يلزم ؛ لأن ما أسنده إليه من إرث أو وصية أو غير ذلك ممكن . ولا بد في ذلك من تعيين الحامل ؛ لأن إبهامها يلزم منه إبهام المقر له وإبهامه مبطل للإقرار . ولو انفصل الحمل ميتاً فلا حق له في الإرث أو الوصية أو غيرهما مما أسند إلى الحمل ويكون المقر به لوارث المورث أو الموصي أو لغيرهم مما أسند إليه .

ثانياً : هذا لو أقر لحمل ثم ولدت ذكراً وأنثى كان المقر به بينهما نصفين . وإن عزا إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك .

ولو أقر لمسجد أو رباط أو مدرسة أو مصنع أو طريق أو مستشفى أو مقبرة بمال صح ذلك سواء عزا ما أقر به إلى سبب صحيح كالوقف أو أطلق ⁽²⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 223) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 499 ، 500) ومغني المحتاج (ج 2 ص 342) والمغني (ج 5 ص 153 ، 154) .

ثانيًا : عدم التكذيب . فإنه يشترط لصحة الإقرار عدم تكذيب المقر له المقر ، فإذا كذب المقر له المقر بمال فإنه يترك المال في يد المقر سواء كان المال دينًا أو عينًا ، وذلك ؛ لأن يد المقر تشعر بالملك ظاهرًا والإقرار الطارئ عارضه التكذيب فسقط . ولو رجع المقر في حال تكذيب المقر له وقال (المقر) : غلطت في الإقرار أو تعمدت الكذب قبل قوله في الأصح من مذهب الشافعية بناء على أن المال يترك في يده . وفي قولهم الثاني : لا يقبل قوله بناء على أن الحاكم ينزعه منه إلى ظهور مالكة .

أما لو كان المقر به نكاحًا أو قصاصًا أو قذفًا أو سرقة فإن ذلك يسقط بتكذيب المقر له . فلو أقرت له امرأة بالنكاح وأنكر المقر له سقط حقه حتى لو رجع بعد ذلك وادعى نكاحها لم يسمع إلا أن يدعي نكاحًا جديدًا . وكذا لو أقر لآخر بقصاص أو حد قذف وكذبه المقر له سقط وكذا حد سرقة (١) .

ثالثًا : أن يكون المقر له معلومًا ، سواء كان موجودًا أو حملًا . فلو كان المقر له مجهولًا فلا يصح الإقرار ، وذلك كما لو قال المقر لواحد من الناس : علي ألف درهم فإنه لا يصح ؛ لأنه لا يملك أحد مطالبتة بالمقر به فلا يفيد الإقرار . فإن عين واحدًا بأن قال : عنيت به فلانًا فإنه يصح . وهو من اشتراط الحنفية (٢) .

الركن الثالث : المقر به : وهو كل ما جازت المطالبة به وثمة شرطان في ذلك هما : أولاً : أن لا يكون المقر به ملكًا للمقر حين يقر به ؛ لأن الإقرار ليس بإزالة عن الملك وإنما هو إخبار عن كونه مملوكًا للمقر له . وعلى هذا لو قال : داري أو ثوبي أو ديني الذي على زيد لعمره فهو لغو ؛ لأن الإضافة إلى المقر تقتضي الملك له فينافي ذلك إقراره لغيره ؛ إذ هو إخبار بحق سابق عليه .

ولو قال : الدار التي اشتريتها لنفسي أو ورثتها من أبي ملك لفلان لم يصح ذلك أيضًا ، وكذا لو قال : داري لفلان وأراد الإقرار ؛ لأنه أراد بالإضافة إضافة سكنى ذلك . ولو قال : مسكني أو ملبوسي لفلان صح ؛ إذ لا منافاة ؛ لأنه قد يسكن ويلبس ملك غيره . وكذلك لو قال : الدين الذي كتبت على زيد لعمره فإنه يصح لاحتمال أنه وكيل . ولو قال : لفلان في ميراث أبي ألف درهم كان ذلك إقرارًا على أبيه بالدين . ولو قال : لفلان في ميراثي من

(١) الأنوار (ج ١ ص 500) ومغني المحتاج (ج ٢ ص 242) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج ٢ ص 90) والمغني (ج ٥ ص 166 ، 167) .
(٢) البدائع (ج ٧ ص 223) .

أيي أو في مالي أو من مالي ألف درهم فهو وعد هبة إلا أن يريد به الإقرار فيكون إقراراً . ولو قال : لفلان في داري أو من داري نصفها ، أو له بيت من داري أو في داري ؛ فهو وعد هبة إلا أن يريد به الإقرار فيكون إقراراً . ولو ذكر كلمة (علي) في هذه الصور المذكورة بأن قال : لفلان علي في مالي أو في ميراثي كلها فهو إقرار قطعي . ولو أقرت الزوجة بصدقها في ذمة الزوج لآخر أو أقر الزوج ببذل الخلع في ذمة الزوجة ، أو أقر المجني عليه بأرض الجنابة عليه في ذمة الجنائي صح ذلك كله وكان إقراراً . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والظاهر من مذهب المالكية ؛ إذ قالوا : من أقر بحق عليه لغيره لزمه إقراره إن كان من أهل التبرع في غير متهم عليه ، وما جهل من الإقرار يرجع في تفسيره إلى المقر ، فمن قال : لفلان علي شيء قبل تفسيره بأقل ما يتمول . ولو قال : له علي مال قبل ما يفسر به ولو حبة أو قيراطاً ويحلف . ولو قال : علي ألف فسرهما بما شاء من دنائير أو دراهم أو غير ذلك ⁽¹⁾ .

ثانياً : أن يكون المقر به تحت تصرف المقر . فإذا لم يكن المقر به تحت تصرف المقر فلا ينفذ الإقرار به في الحال بل يكون ذلك دعوى أو شهادة أو إخباراً ، ولا يلغى الإقرار بالكلية بل لو حصل المقر به يوماً في يد المقر لزمه تسليمه إلى المقر له ولا يلزم في الحال شيء . ولو طلب المقر له من الحاكم التسجيل على إقراره أجاب . وهو أحد القولين للشافعية والظاهر من مذهب الحنابلة . وقول الشافعية الثاني : هو أن كون المقر به في يد المقر ليس شرطاً لصحة الإقرار بل هو شرط لإعماله وهو التسليم . وعلى هذا لا يكون الإقرار لاغياً بالكلية إذا لم يكن المقر به في يد المقر ، فإنه إذا حصل بيده لزمه تسليمه إلى المقر له ⁽²⁾ .

الركن الرابع : الصيغة :

وهي نوعان ، نعرض لهما في هذا التفصيل :

النوع الأول : ما كان بلفظ صريح ؛ كأن يقول المقر : لفلان علي ألف دينار . وهذا إقرار صريح ؛ لأن كلمة (علي) تتضمن إيجاباً وذلك من حيث اللغة والشرع . قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِمَّنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ وهذا فيه إيجاب للحج على المسلمين إن استطاعوا . وكذلك لو قال شخص لرجل : لي عليك ألف دينار ، فقال الرجل : نعم . فهو صريح ؛ لأن كلمة نعم خرجت جواباً لكلام المقر ، وجواب

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 245) والأنوار (ج 1 ص 500 ، 501) والمغني (ج 5 ص 162-186) وأسهل

المبارك (ج 3 ص 82 ، 83) وفتاوى الأفكار (ج 8 ص 319) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 502) ومغني المحتاج (ج 2 ص 245) والمغني (ج 5 ص 165) .

الكلام إعادة له من حيث اللغة فهو إثبات له وتحقيق ، كأنه قال : لك علي ألف دينار . ويشبه الجواب بنعم ما لو قال : أجل أو بلى أو أي . أو قال : علي أو صدقت أو كما قلت أو يلزمي أو أنا مقر به أو بما تدعيه أو بما تقول . أو قال : لست منكراً له أو لا أنكر ما تدعيه أو لا أنكر أن تكون محققاً بما تدعيه . فإن هذه الألفاظ صرائح في الإقرار من غير خلاف نعلمه ⁽¹⁾ ، وكذلك لو قال : لفلان في ذمتي ألف دينار فهو إقرار صريح لأن ما في الذمة هو الدين فيكون قوله إقراراً بالدين . وكذا لو قال : لك علي ألف في علمي أو فيما أعلم ، أو أشهد ، كان ذلك إقراراً صريحاً ، وكذا لو قال : كان علي ألف دينار لفلان ، أو قال : كانت هذه الدار له في السنة الماضية فهو إقرار في الحال ⁽²⁾ .

ولو قال شخص لآخر : لك في دراهمي هذه ألف درهم فذلك إقرار بالشركة . ولو قال : له في مالي ألف درهم ، كان ذلك موضع تفصيل للعلماء ؛ فقد قال الجصاص من الخنفية : إن ذلك إقرار بالشركة كما في المسألة السابقة ؛ لأن المقر جعل ماله ظرفاً للمقر به وهو الألف وذلك يقتضي الخلط وهو معنى الشركة . وقال آخرون من الخنفية : إن كان ماله محصوراً كان قوله إقراراً بالشركة وإن لم يكن محصوراً كان قوله إقراراً بالدين . ولو قال : له عندي ألف درهم كانت هذه وديعة ؛ لأن كلمة (عندي) لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضور وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب في الذمة ولا يثبت الوجوب إلا بدليل . وكذلك لو قال : لفلان معي أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوقي ألف درهم فإن ذلك كله وديعة ؛ لأن هذه الألفاظ لا تدل إلا على قيام اليد على الأشياء المذكورة وذلك لا يقتضي الوجوب في الذمة فليس ذلك إقراراً بالدين بل هذه وديعة ؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في متعارف الناس في الودائع . وكذلك لو قال : له عندي ألف درهم عارية ، فإن ذلك يكون قرضاً ؛ لأن عارية الدراهم والدنانير لا تكون إلا قرضاً ؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها وإعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه يكون قرضاً . وذلك من أقوال الخنفية في ألفاظ الإقرار ⁽³⁾ وهو قول الشافعية في الجملة ؛ إذ قالوا : كلمة : عندي أو معي ظرف ، وهو يحمل عند الإطلاق على عين بيده للمقر له . فلو ادعى أنها وديعة وأنها تلفت أو

(1) البدائع (ج 7 ص 207 ، 208) ومغني المحتاج (ج 2 ص 243) ، وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2

ص 191) والمغني (ج 2 ص 191) والمغني (ج 5 ص 183) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 503) والبدائع (ج 7 ص 208) .

(3) البدائع (ج 7 ص 208) وتناجج الأفكار (ج 8 ص 336) .

أنه ردها فإنه يصدق بيمينه (1) .

وقالت المالكية : من اعترف بحق لزمه ويرجع في تفسير المجهول إلى المعترف وعلى هذا ، من أقر بحق عليه لغيره لزمه إقراره إن كان من أهل التبرع في غير متهم عليه ، وما جهل من الإقرار يرجع إلى المقر في تفسيره . فمن قال : لفلان علي شيء قبل تفسيره بأقل ما يتمول . ولو قال : له علي مال قبل ما يفسر به ولو حبة أو قيراطاً ويحلف . وقيل : لا يقبل في أقل من نصاب الزكاة . وقيل : في ربع دينار . ولو قال : مال عظيم أو كثير ؛ فقد قيل : هو كقوله مال ، وقيل : هو ألف دينار قدر الدية ، ولو قال : له علي ألف فسرهما بما شاء من دنائير أو دراهم أو غير ذلك (2) .

على أن اللفظ وإن كان صريحاً في الإقرار فإنه قد تنضم إليه قرينة أو قرائن تصرفه إلى الاستهزاء والتكذيب وليس إلى الإقرار حقيقة . وذلك كتحرريك الرأس أو الضحك مما يدل على التعجب والاستكار . وذلك كما لو قال له : لي عليك ألف ، فقال : غير عشرة ، أو قال : صحاح ، لم يكن إقراراً . وكذا لو قال : لي عليك ألف . فقال : مع مائة ، لم يلزمه الألف ولا المائة ؛ لأنه قال ذلك على سبيل السخرية والاستهزاء ، يدل على ذلك القرينة وهو تحريك الرأس . وكذلك لو قال له : لي عليك ألف ، أو أليس لي عليك ألف ؟ فقال في جوابه : زن أو زنه أو خذ أو خذه أو اجمعه أو استوفه أو اختتم عليه أو اجعله في كيسك أو شده في الحرقه أو نحو ذلك من الألفاظ فليس ذلك بإقرار ؛ لأنه ليس بالتزام وإنما يذكر في موضع الاستهزاء . وهو قول الشافعية والمالكية . ومن أقوال الشافعية أيضاً أنه لو كتب : لزيد علي ألف درهم ، أو كتبه غيره فقال : اشهدوا علي بما فيه فإنه لغو ؛ لأن الكتابة بلا لفظ ليست إقراراً . ويؤخذ من ذلك أيضاً أن الكتابة من الأخرس عند القرينة المشعرة بذلك ليست لغواً (3) .

أما الإقرار المعلق فهو باطل سواء كان التعليق مقدماً أو مؤخراً . فلو قال : لفلان علي ألف درهم إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا جاء رأس الشهر فلفلان علي ألف درهم فإنه لا يلزمه من ذلك شيء . وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية ، ووجه قولهم : أن المقر على

(1) منفي المحتاج (ج 2 ص 243) .

(2) أسهل المدارك (ج 3 ص 82 ، 83) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 193) .

(3) منفي المحتاج (ج 2 ص 243) والأنوار (ج 1 ص 503) وبلغه السالك (ج 2 ص 192) وحاشية

الشرقاوي (ج 2 ص 140) .

الإقرار على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي ألف إن شهد بها فلان ؛ وذلك لأن الإقرار بإخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل (1) .

ولو قال : لفلان علي ألف إن شاء الله ؛ لم يصح الإقرار ولم يلزمه شيء ؛ لمجرد التعليق . وهو قول الشافعية والمالكية ، خلافاً للحنابلة ؛ إذ قالوا بصحة الإقرار (2) . فلو قال : لك علي ألف إن شاء الله تعالى كان مقراً به . ووجه ذلك : أن المقر وصل لإقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الإقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصل به كما لو قال له : علي ألف إلا ألفاً ؛ ولأنه عقب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم . ومن جهة أخرى فإن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركاً وصلته وتقويضاً إلى الله تعالى لا للاشتراط كقوله تعالى : ﴿ لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَآمِينَ تَخِلِّيْنَ رُءُوسَكُمْ وَمَقَصِّرِينَ ﴾ وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك . ويقول الناس : صلينا إن شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم بخلاف مشيئة آدمي . وكذلك فإن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقف الأمر على وجودها ، أما مشيئة آدمي فإنه يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً يتوقف الأمر على وجودها (3) .

ولو أبرأ إنسان شخصاً مما له قبله أو أبرأه من كل حق له عليه أو أبرأه وأطلق فقد برئ مطلقاً مما في الدمة وغيرها معلوماً أو مجهولاً ، حتى من السرقة ومن حد القذف إن كان سرق منه شيئاً أو قذفه ولم يبلغ الإمام . ولو أبرأه مما معه برئ من الأمانة التي عنده كالوديعة والقراض لا من الدين الذي في ذمته ، وإن أبرأه في ذمته ؛ فإنه يبرأ من الدين لا الأمانة ؛ لأن الأمانة ليست في الدمة . وإن أبرأه مما عنده ؛ برئ منهما . ولو قال له : لي عليك ألف فقال : أبرأتني منه أو قضيته أو أنا مقر به فهو إقرار ؛ لأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط والأصل عدمه (4) .

النوع الثاني : الدلالة . وهي ما كان من لفظ يتضمن معنى الإقرار في غير صراحة . كأن يقول شخص لآخر : لي عليك ألف . فيقول : قد قضيتها . فذلك إقرار دلالة ؛ لأن القضاء اسم لتسليم ما يكون واجباً في الدمة . وذلك يقتضي سابقة الوجوب ؛

(1) الأنوار (ج 1 ص 504) والمغني (ج 5 ص 217 ، 218) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 192) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 504) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 192) والمغني (ج 5 ص 217 ، 218) .

(3) المغني (ج 5 ص 217 ، 218) .

(4) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 194 ، 195) ومغني المحتاج (ج 2 ص 243) .

فكان الإقرار بالقضاء إقراراً بالوجوب . وكذلك ما لو قال له : اقض ألف الذي لي عليك . فقال : أقضي غداً أو أمهلني يوماً أو حتى أقعد أو أفتح الكيس أو أجد المفتاح أو أمهلني حتى أصرف الدراهم أو أقعد حتى تأخذ ؛ فذلك كله إقرار دلالة ؛ لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفاً وهو قول الحنفية ، والشافعية في الأصح من مذهبه . وفي قولهم الثاني : ليست هذه الألفاظ إقراراً ؛ لأنها ليست صريحة في الالتزام ⁽¹⁾ .

وكذلك لو قال له رجل : لي عليك ألف درهم . فقال : زنها فذلك إقرار دلالة لأنه أضاف الوزن إلى المال المدعى ، والإنسان لا يأمر بوزن المدعى إلا بعد كونه واجباً عليه فكان الأمر بالوزن إقراراً بالدين دلالة وهو قول الحنفية ، وأحد القولين للحنابلة ⁽²⁾ وكذا لو قال له : أجلني بها فهو إقرار دلالة ؛ لأن التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين في الذمة ، وهو قول الحنفية والظاهر من مذهب الشافعية ⁽³⁾ .

ولو قال له : لي عليك ألف درهم . فقال : حقاً . كان ذلك إقراراً دلالة ؛ لأن قوله : حقاً معناه : حققت فيما قلت ، وباحتمل أن يكون معناه : قل حقاً أو الزم حقاً لكن الأول أظهر . وكذا إذا قال : ألق أو قال : صدقاً أو الصدق أو يقيئاً أو اليقين . وذلك قول الحنفية ⁽⁴⁾ .

الإقرار بالمجهول

يصح الإقرار بالمجهول في الجملة . وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار . فلو قال المقر : لفلان علي شيء أو حق صح الإقرار ولزمه ما أقر به ؛ لأن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً كما لو أترف ما لا يدري قيمته أو جرح جراحة لا يعلم أرسها . وجملة القول : أنه يصح الإقرار بالمجهول ويلزم المقر تفسير إقراره وذلك بخلاف الشهادة فإنها تمتنع صحتها بجهالة المشهود به ؛ لأن الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به كما بيناه في الشهادة أما الإقرار فإنه يمكن إزالة المجهول فيه بالإيجاب على البيان فيصح بالمجهول ، ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة .

(1) البدائع (ج 7 ص 208) ومعني المحتاج (ج 2 ص 244) .

(2) البدائع (ج 7 ص 208) والمعني (ج 5 ص 219) .

(3) البدائع (ج 7 ص 208) والأنوار (ج 1 ص 504) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 336 ، 337) .

(4) البدائع (ج 7 ص 208) .

وعلى هذا فإن المقر بالمجهول يلزمه بيان ما اعترف به فيقال له : يَبَيِّنُ المجهول ؛ لأن التجهيل حصل من جهته . أي أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان وذلك الذي عليه عامة العلماء ⁽¹⁾ .

ولو امتنع المقر من بيان ما أجمله أجبره القاضي على البيان ؛ لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصريح إقراره ، فيحسبه حتى يفسر ؛ وذلك كيلا يضيع حق المقر له . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية ، ووجه قولهم : أن هذا المقر قد امتنع من حق عليه فيحسب به كما لو عينه وامتنع من أدائه ⁽²⁾ .

وثمة قول وهو أن الممتنع من البيان أو التفسير يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان . فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له : إن بينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك ⁽³⁾ .

إذا ثبت ذلك فإنه متى فسر المقر إقراره بما يتمول في العادة فإنه يقبل تفسيره ويثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره . أما إن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة أو حبة حنطة أو شعيرة ونحو ذلك لم يقبل ؛ لأن مثل ذلك لا يتمول عادة على انفراده . ومن جهة أخرى : فإن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته ومثل ذلك لا يثبت في الذمة . وكذلك ما لو فسره بما ليس بمال شرعاً كالخمر والخنزير والميتة فإنه لا يقبل . وكذا لو قال في تفسيره : عנית حق الإسلام أو كُفّاً من تراب أو نحو ذلك ؛ فإن ذلك لا يثبت في الذمة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والمالكية في الظاهر من مذهبيهم . وبه قالت الحنفية في الجملة ⁽⁴⁾ . وثمة قول للحنفية والمالكية وهو أن المقر أن يبين شيئاً ثبت في الذمة قل أو كثر كأن يبين حبة أو فلساً أو ما أشبه ذلك . أما إذا بين شيئاً لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه كأن يقول : عנית حق الإسلام أو كُفّاً من تراب أو نحو ذلك ⁽⁵⁾ .

(1) نتائج الأفكار (ج 8 ص 324 ، 325) والمنفى (ج 5 ص 187) والأنوار ومعه حاشية الكمثرى (ج 1 ص 506) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 193) .

(2) المنفى (ج 5 ص 187) وبلغت السالك (ج 2 ص 193) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 325) والأنوار (ج 1 ص 506) .

(3) المنفى (ج 5 ص 187) .

(4) الأنوار (ج 1 ص 506) والمنفى (ج 5 ص 187 ، 188) ، وبلغت السالك (ج 2 ص 193) ، ونتائج الأفكار (ج 8 ص 325) .

(5) نتائج الأفكار (ج 8 ص 325-327) .

ولو فسر المقر به بكلب معلم يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة قابل للدباغ أو كلب قابل للتعليم ؛ قبل تفسيره . وهو قول الشافعية وأحد الوجهين للحنابلة ، ووجه ذلك : أن هذه الأشياء يجب ردها وتسليمها إلى صاحبها فهي مما لا يجوز أخذها ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنابلة في الوجه الثاني من مذهبهم إلى أن هذا التفسير لا يقبل ؛ لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه ومثل هذه الأشياء لا يجب ضمانه ⁽²⁾ .

ولو فسر به بحد قذف ؛ قبل ؛ لأن حد القذف حق يجب عليه . وقيل : لا يقبل ؛ لأنه لا يؤول إلى مال ، والقول الأول أصح ؛ لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي ، وكذلك لو فسر به بحق شفعة ؛ قبل ؛ لأن حق الشفعة حق واجب وهو يؤول إلى المال . وكذا لو فسر به بوديعة أو قصاص . أما لو فسر به برد السلام أو تسميت العاطس أو العيادة أو نحو ذلك فإنه لا يقبل ؛ لأن ذلك لا يثبت في الذمة إذ يسقط بغوانه ، إلا إذا أراد أن رد سلامه أو تسميته حق عليه . وذلك قول الشافعية والحنابلة والمالكية ⁽³⁾ .

ولو أقر بمال مطلق أو مال عظيم أو كثير أو كبير أو جليل أو خطير أو نفيس أو أكثر من مال فلان أو بما في يده أو بما يشهد به الشهود عليه أو أكثر مما حكم به الحاكم على فلان أو نحو ذلك ، فإنه يقبل تفسيره بما كثر من المال أو قل وإن لم يتمول كحبة حنطة ، وإن كان مال فلان كثيراً . وعلى هذا لو قال : لفلان عندي مال ، أو علي دين ؛ فإنه يقبل تفسيره بما يتمول وبما لا يتمول وهو من جنس ما يتمول . وذلك بناء على أن كل متمول مال وليس كل مال متمولاً كحبة منه ، وقد ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة ، والمالكية في قول لهم . ووجه قولهم بقبول التفسير بمطلق المال هو صدق الاسم عليه والأصل براءة الذمة من الزيادة .

أما وصفه بالعظمة والكثرة والجلال والنفاسة ونحو ذلك فذلك لاحتمال أن يريد ذلك بالنسبة للفقير أو الشحيح ، أو باعتبار كفر مستحلته وعقاب غاصبه .

أما وصفه بأنه أكثر من مال فلان فذلك من حيث إنه دين لا يتعرض للتلف ، وذلك عين متعرض له . قال الشافعي (رحمه الله) في هذا الشأن : أصل ما أبني عليه الإقرار

(1) الأنوار (ج 1 ص 506) والمغني (ج 5 ص 187) .

(2) المغني (ج 5 ص 188) .

(3) الأنوار (ج 1 ص 506) والمغني (ج 5 ص 188) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 194) .

أن أزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة ، أي ما غلب على الناس . والمراد باليقين في كلامه ما يشمل الظن القوي . وبذلك فالشافعي (رحمه الله) يلزم في الإقرار باليقين وبالظن القوي لا بمجرد الظن والشك ؛ إذ الأصل براءة الذمة ⁽¹⁾ .

ومن توجيه الحنابلة كذلك : أن ما يفسر به المال يفسر به العظيم ؛ ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف ، ويختلف فيه الناس فمنهم من يستعظم القليل ، ومنهم من يستعظم الكثير ، ومنهم من يحتقر الكثير ؛ فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به ؛ ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه . ويحتمل أنه أراد عظيمًا عنده لفقر نفسه ودنايتها ⁽²⁾ .

أما الحنفية فهم يفرقون بين المال من غير تقييد والمال العظيم . فلو قال أحد في إقراره : لفلان علي مال ؛ فالرجوع في تفسير ذلك إلى المقر ليبن قدر المال ؛ لأنه المجمل والرجوع في بيان المجمل بالفتح إلى المجمل بالكسر . ويقبل قوله في القليل والكثير ؛ لأن ذلك كله مال ، والمال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ، إلا أن المقر لا يصدق في أقل من درهم استحسانًا . ووجه ذلك : هو ترك الحقيقة بدلالة العرف ؛ لأن الأقل من درهم لا يعد مالا عرفًا ، فما دون الدرهم ليس إلا من الكسور ولا يطلق عليه اسم المال عادة ، أما في القياس فيقبل قوله في الدرهم ؛ لأنه مال . والصحيح عدم قبول البيان بالدرهم وهو الاستحسان ؛ لأن المال الذي يدخل تحت الالتزام والإقرار لا يكون أقل من درهم وهو الظاهر في حكم العادة فيحمل عليه .

وهو قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وذلك الذي عليه الشافعية والحنابلة في الجملة وهو ما بيناه . وقال أبو يوسف : يصدق بيانه في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه ⁽³⁾ .

أما الإقرار بالمال العظيم فلا يصدق بيانه له في أقل من نصاب الزكاة . فلو قال : لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم ؛ لأن المقر أقر بمال موصوف بوصف العظيم فلا يجوز إلغاء الوصف بل لابد من البيان بما يعد عظيمًا عند الناس . والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيًا به فأوجب عليه

(1) مفتي المحتاج (ج 2 ص 248) والأنوار (ج 1 ص 506 ، 507) والمغني (ج 5 ص 188 ، 189) وبلغة

السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 195) . (2) المغني (ج 5 ص 189) .

(3) نتائج الأفكار (ج 8 ص 327 ، 328) والبنية (ج 7 ص 540 ، 541) .

مواساة الفقراء . وكذلك فإن الغني عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف . وقد ذهب إلى ذلك الصاحبان محمد وأبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة . وثمة رواية أخرى عنه أن المقر لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ؛ لأن هذا النصاب عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم . والصحيح الأول وهو التفسير بنصاب الزكاة ؛ لأنه لم يذكر عددًا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكاة ؛ لأنه أقل مال له خطر في الشرع حيث يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم . وذلك إذا قال : من الدراهم . أي إذا قال : له علي مال عظيم من الدراهم ، سواء كان ذلك ابتداء أو قال في الابتداء : له علي مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم ، كأن يقول : إن مرادي بالمال العظيم الدراهم .

أما إذا قال : من الدنانير ، أي قال ذلك ابتداء أو ثانيًا عند البيان فالتقدير في الدنانير بالعشرين ، أي بعشرين مثقالًا ؛ لأنه نصاب الزكاة في الذهب ، وكذلك فيما إذا قال : من الإبل ، فإن ذلك يقدر بخمس وعشرين من الإبل ؛ لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالًا في الدنانير ومائتي درهم في الدنانير . على أنه إذا قيل : ينبغي أن يقدر في الإبل بخمس منها ؛ لأنه تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنيًا ، أوجب عن هذا الاعتراض بأن الخمس من الإبل مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة ، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبر الخمس والعشرين ليكون المال عظيمًا مطلقًا ؛ إذ المطلق ينصرف إلى الكامل ⁽¹⁾ .

أما لو قال : علي أموال عظام بصفة الجمع فالتقدير بثلاثة نصب من أي نوع سماه . حتى لو قال : من الدراهم كان التقدير بستمئة درهم . ولو قال : من الدنانير كان بستين مثقالًا ، ولو كان من الإبل كان بخمس وسبعين منها ، إلى غير ذلك من الأجناس . وإنما كان كذلك اعتبارًا لأدنى الجمع فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه ⁽²⁾ .

أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل . إذ قالوا : لو قال المقر : لفلان علي شيء ، أو قال : له في ذمتي مال ؛ قبل تفسيره بقليل المال وكثيره حتى لو فسره بدرهم أو حبة صح

(1) نتائج الأفكار (ج 8 ص 328 ، 329) والبناءة (ج 7 ص 542 ، 543) .

(2) نتائج الأفكار (ج 8 ص 329) والبناءة (ج 7 ص 543) .

ويحلف . وهو قول الشافعية والحنابلة .

وقيل : لا يقبل تفسيره في أقل من نصاب الزكاة من ذهب أو ورق أو غنم أو بقر .
وقيل : لا يقبل تفسيره في أقل مما يجب فيه قطع السارق أو ما يصح أن يكون مهوًا
وهو ربع دينار . وتلكم ثلاثة أقوال في المذهب ⁽¹⁾ .

ولو قال : لفلان علي دراهم كثيرة ، لم يصدق في أقل من عشرة دراهم . وهو قول
الإمام أبي حنيفة . ووجه قوله : أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع من حيث
التمييز : أي عند كونه مميزًا للعدد ؛ لأن ما بعد العشرة يكون التمييز بالمفرد فيقال أحد
عشر درهمًا ؛ وعند الصاحبين : لا يصدق المقر في أقل من مائتي درهم وهي رواية عن
أبي حنيفة أيضًا . ووجه ذلك : أن صاحب النصاب (مائتا درهم) مكثّر حتى وجب
عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دون النصاب ؛ لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى
تكثرًا ⁽²⁾ .

أما المالكية فقالوا : لو قال له : عندي دراهم كثيرة فإنه يلزمه أربعة دراهم ؛ لأنها أول
مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع . وثمة قول في المذهب : يلزمه تسعة .
وثمة قول ثالث : يلزمه مائتان ⁽³⁾ .

وقالت الشافعية : يجب بقوله له : علي دراهم كثيرة أو قليلة ثلاثة دراهم ولا يشترط
تساويها في الوزن بل يكفي أن تكون الجملة زنة ثلاثة دراهم ⁽⁴⁾ .

الإقرار بالنسب

النسب معناه القرابة ، والنسيب : القريب ، والنسب مفرد وجمعه أنساب ⁽⁵⁾ .
على أن النسب يثبت عن طريق الولادة وهو طريق ثابت ومحس لا شك فيه .
فنسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية كانت أو غير شرعية . أما
نسب الولد من أبيه فلم يجعل له الشارع سببًا إلا الزواج في عقد صحيح أو فاسد وكذا

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 83) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 193) .

(2) نتائج الأنتكار (ج 8 ص 329 ، 330) والبنية (ج 7 ص 544) .

(3) أسهل المدارك (ج 2 ص 83) وبلغة السالك (ج 2 ص 193) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 250) . (5) مختار الصحاح (ص 656) .

الوطء بشبهة والإقرار وأبطل طريق التبنّي الذي كان شائعاً عند العرب في الجاهلية وما زال شائعاً لدى كثير من الأمم في العصر الراهن . فمن تبنى لقيطاً أو ولداً مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده لم يكن ولده حقيقة فلا يثبت بينهما توارث ولا تجري عليه أحكام التحريم للنكاح بسبب القرابة ⁽¹⁾ . وفي هذا يقول عزّ من قائل : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كَلِمَةٌ قُلْتُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۝ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَلِإَرْوَاحِكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ ۝ ﴾ ⁽²⁾ .

على أن الإقرار بالنسب ينقسم إلى قسمين هما :

القسم الأول :

إقرار بالنسب على نفس المقر . وهو أن يلحقه المقر بنفسه .

وذلك كقوله : هذا ابني أو أنا أبوه أو هذه أُمّي . ويشترط لصحة هذا الاستلحاق جملة شروط هي :

أولاً : أن يكون المستلحق ، بالكسر ، رجلاً مكلفاً . فلا يصح إقرار المرأة ؛ وذلك لإمكان إقامة البينة على الولادة . وهو قول الشافعية والمالكية ⁽³⁾ وبه قالت الحنفية في الجملة إذا قالوا : لا يقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى دون الابن ؛ لأنه ليس في ذلك تحميل للنسب على الغير . ولا يقبل إقرارها بالولد ؛ لما في ذلك من تحميل للنسب على الغير وهو الزوج ؛ لأن النسب منه ، إلا أن يصدقها (الزوج) ؛ لأن الحق له أو تشهد بولادة الابن قابلة ؛ لأن قول القابلة في هذا مقبول . وعلى هذا لو ادعت امرأة صبيّاً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ⁽⁴⁾ .

ثانياً : أن لا يكذبه الحس . وهو أن يكون المقر به محتمل الثبوت ؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن فإذا استحال كونه فإن الإخبار عنه كذب محض . وعلى هذا فإن من أقر بغلام أنه ابنه وكان مثله لا يلد مثله لا يصح إقراره ؛ لأنه يستحيل أن يكون ابناً له فكان

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية (ج 1 ص 279) للدكتور مصطفى السباعي .

(2) سورة الأحزاب الآيةان 4 ، 5 .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 259) والأنوار (ج 1 ص 516) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 195) .

(4) النهاية (ج 7 ص 599) ونتائج الأفكار (ج 8 ص 394-396) .

كذباً في إقراره ييقن . وبعبارة أخرى : فإنه لو كان المقر له في سن لا يتصور أن يكون ولدًا للمقر لم يلحق ، وإن صدقه المقر له . وكذا لو كان المقر قد قطع ذكره وأثنياء منذ زمن يتقدم على زمن العلوق به لم يثبت نسبه ؛ لأن الحس يكذبه . وهو ما لا خلاف فيه ⁽¹⁾ .

ثالثاً : أن لا تكذبه العادة أو الحال . فلو جاءت امرأة من بلد بعيد ومعها طفل فاستلحقه رجل لم يسافر قط إلى بلدها ولا هي إلى بلده ؛ فإنه لم يصح إقراره ولم يلحق به الطفل ⁽²⁾ .

رابعاً : أن لا يكذبه الشرع ؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره فالشرع مكذب له . وتكذيب الشرع له بأن يكون المستلحق - بالفتح - معروف النسب من غير المستلحق - بالكسر - أو كان قد ولد على فراش نكاح صحيح . وعلى هذا يجب أن يكون المقر له مجهول النسب فإن كان مغروف النسب لم يصح الإقرار ؛ لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وهو حرام شرعاً ⁽³⁾ ؛ فقد جاء في الخبر عن النبي ﷺ قال : « من ادعى إلى غير أبيه أو اتنى إلى غير مواله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة عدلاً ولا صرفاً » ⁽⁴⁾ وكذلك ما رواه سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال : « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » ⁽⁵⁾ .

خامساً : أن لا يكذبه المقر له إن كان بالغاً فإن كذبه أو سكت عن تصديقه لم يثبت نسبه إلا بيينة ، فإن لم تكن ثمة بيينة وحلف المقر له لم يثبت نسبه أيضاً . وإن نكل عن اليمين وحلف المقر ثبت النسب . وبعبارة أخرى : فإنه يشترط تصديق المقر له للمقر إن كان المقر له أهلاً للتصديق بأن يكون مكلفاً ؛ لأن له حقاً في نسبه وهو أعرف به من غيره . وعلى هذا لو استلحق المقر صغيراً فقد ثبت نسبه ويتوارثان . فإن بلغ وكذب لم يندفع النسب ؛ لأنه حكم بثبوته فلا يسقط . وكذا المجنون لو عقل فأنكر النسب لا يعتبر إنكاره ؛ لأن النسب بعد ثبوته لا يندفع ⁽⁶⁾ .

(1) البدائع (ج 7 ص 228) ومغني المحتاج (ج 2 ص 209) والأنوار (ج 1 ص 516) والمغني (ج 5 ص 200) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 195) .

(2) الأنوار (ج 1 ص 516) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 195) .

(3) المغني (ج 5 ص 200) والأنوار (ج 2 ص 516) والبنية (ج 7 ص 597) وبلغة السالك (ج 2 ص 195) .

(4) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي . انظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 73) .

(5) رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه . انظر الترغيب والترهيب (ج 3 ص 73) .

(6) الأنوار (ج 1 ص 516 ، 517) والمغني (ج 2 ص 200) ومغني المحتاج (ج 2 ص 259) والبدائع (ج 7 ص 228) .

سادساً : أن لا ينازع المقر منازع غيره ؛ لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارض الاثنان فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر . وعلى هذا لو ادعى آخر نسب المقر له لم يلحق به إلا بتصديقه وتكذيب الآخر إن كان المقر له بالفاً عاقلاً أو كان ثمة بينة مع عجز الآخر عنها . وهو قول الشافعية والحنابلة ⁽¹⁾ .

سابعاً : أن لا يكون الولد (المقر له) منفياً بلعان الغير عن فراش نكاح صحيح . فإن كان لم يصح استلحاقه لغير النافي . أما المنفي بوطء شبهة أو نكاح فاسد فإنه يجوز لغيره أن يستلحقه ؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي سمعت دعواه وأن لا يكون ولد زنا . فإن في إلحاق ولد الزنا والمنفي باللعان سبباً في إلحاق العار بالمقر . وهو قول الشافعية وكذا المالكية في الظاهر من مذهبهم ⁽²⁾ .

القسم الثاني : إقرار بالنسب على الغير . وهو أن يلحق المقر النسب بغيره ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه كقوله : هذا أخي . وأصلها : هذا ابن أبي وأمي وفيه إشارة إلى الإلحاق بالأُم . وكذلك قوله : هذا عمي ، فيثبت نسبه من الملحق به إذا كان رجلاً ؛ لأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوق والنسب من جملتها . وإنما قيد الملحق به (المقر له) بكونه رجلاً ؛ لأن استلحاق المرأة لا يقبل . وكذا وارثها بالأولى وإن كان رجلاً ؛ لأنه خليفتها . وجملة ذلك : أن الإقرار بالأُم لا يصح ؛ لإمكان إقامة ، البينة على الولادة .

على أنه لا فرق بين أن يتعدى النسب من المقر إلى نفسه بواسطة واحدة كالأب في قوله : هذا أخي . أو أن يتعدى إلى نفسه بواسطتين كقول الجد : هذا عمي وقد يكون بثلاثة كابن العم ⁽³⁾ .

ويشترط لصحة هذا الاستلحاق جملة شروط كذلك . وهي ما تقدم من شروط لصحة الإقرار على نفس المقر . يضاف إلى ذلك شرطان آخران هما :

أولاً : أن يكون الملحق به (المقر له) ميتاً . وعلى هذا لا يلحق بالحي لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره . فلو صدق الحي ثبت نسبه بتصديقه دون الإقرار . والاعتماد في الحقيقة إنما يكون على التصديق لا على المقر . وهو قول الشافعية ⁽⁴⁾ .

(1) الأنوار (ج 1 ص 517) والمنني (ج 5 ص 200) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 259 ، 261) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 195) .

(3) مغني المحتاج (ج 2 ص 261) والأنوار (ج 1 ص 517) والمنني (ج 5 ص 200) .

(4) مغني المحتاج (ج 2 ص 261) والأنوار (ج 2 ص 517) .

ثالثاً : أن يكون المقر في إلحاق النسب بغيره وارثاً جائزاً لتركته المملوق به . فلا يثبت ذلك بإقرار الأجانب ولا بإقرار القريب غير الوارث بسبب كفر أو رق أو قتل ، ولا بإقرار الوارث غير الجائز لتركته المملوق به . وجملة ذلك : أن يصدر الإقرار من الوارث الجائز ؛ لأنه القائم مقام المورث . يستوي في ذلك ما لو كان الوارث المقر واحداً أو أكثر أو امرأة . أي أن يكون المقر جميع الورثة .

وعلى هذا لو مات وخلف ابناً واحداً فأقر الابن بأخ له آخر فإنه يثبت نسبه ويرث . وكذلك لو مات عن ابنتين وبنتين فلا بد من اتفاقهم جميعاً وكذا يعتبر موافقة الزوج والزوجة وكذا المعتق ؛ لأنهم من الورثة . ولو أقر الوارث بمن يحجبه - كأخ أقر بابه للميت ، أو أخ من أب أقر بأخ من أبوين أو ابن ابن أقر بابه للميت - فإنه يثبت نسب المقر به ويرث ويسقط المقر من حيث نصيبه في الميراث . وهو قول الحنابلة . واحتجوا لثبوت حق المقر به في الميراث بأنه (المقر به) ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ يُوْصِيْكَوْهُ اَللّٰهُ فِيْٓ ذٰلِكَ اَوَّلٰدُكُمْ لِلَّذِيْ يُشْلُ حَقَّ اَلْاُنثٰىيْنَ ﴾ فيرث كما لو ثبت نسبه بيينة . وكذلك فإن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع ^(١) .

وذهبت الشافعية في المسألة إلى ثبوت النسب للمقر به لا للتوريث إذ قالوا : لو أقر بنسب من يحجب المقر بأن مات عن أخ أو عم فأقر بابه للميت لحق المقر به في نسب المقر ولم يرث . أي أنه يثبت النسب للبهن ولا يرث له وذلك للدور الحكمي . وهو أنه يلزم من إثبات الشيء نفيه . وهنا يلزم من إرث الابن عدم إرثه لأنه لو ورث لحجب الأخ فيخرج عن كونه وارثاً فلم يصح إقراره ^(٢) .

ويستخرج عن ذلك جملة أحكام منها : ما لو كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً في دينه لدين مورثه ، أو كان قاتلاً فإنه لا اعتبار لذلك ويثبت النسب بقول الآخر وحده ؛ لأنه بات حائزاً لجميع الميراث . وإذا كان المقر به يرث ؛ فقد شارك المقر في الميراث ، وإن كان غير وارث لوجود مانع من الموانع فيه ؛ فقد ثبت نسبه ولم يرث ^(٣) .

(١) المغني (ج ٥ ص ٢٠١ ، ٢٠٢) .

(٢) مغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٦٣) والأنوار (ج ١ ص ٥١٨) .

(٣) المغني (ج ٥ ص ٢٠١) ومغني المحتاج (ج ٢ ص ٢٦٢) .

ومنها : ما لو كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث فإنه لا يثبت النسب بإقراره ؛ لأنه غير حائز جميع الميراث . فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به كذلك ؛ فقد ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه . وإن أنكر لم يثبت النسب لعدم الاتفاق من الجميع ⁽¹⁾ .

ومنها : ما لو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر ذلك ثم مات المنكر وورثه المقر فإنه يثبت نسب المقر به ؛ لأن المقر صار جميع الورثة فأشبه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف ⁽²⁾ .

ومنها : ما لو خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ؛ فقد ثبت نسبه لإقرار جميع الورثة به ⁽³⁾ .

ومنها : ما لو خلف امرأة وأختاً فأقرت المرأة بابن للميت وأنكره الأخ ؛ لم يقبض نسبه لعدم اتفاق الجميع بل يعطى حصته في الميراث من نصيب الزوجة وهو الربع فتكون حصته الثمن ، وهي الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها ؛ لأنها المقر . ولو أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه لعدم اتفاق جميع الورثة بل يدفع إليه الأخ جميع حصته وهي ثلاثة أرباع المال .

ومنها : ما لو خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لأبيه وأنكر الآخر ؛ فإنه لا تثبت الزوجية لعدم اتفاق جميع الورثة . ولكن تعطى من نصيب المقر ثمنه ، ونصيب المقر نصف الميراث فتكون حصة المرأة ثمن نصف الميراث ⁽⁴⁾ .

ومنها : ما لو ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره ؛ لأنه نسب قد ثبت بحجة شرعية وهو يحتاط له فلا يتدفع بعد ثبوته ولا مساغ لزواله بإنكاره كما لو ثبت بينة ⁽⁵⁾ .

ما يبطل به الإقرار

يبطل الإقرار بعد وجوده بشيئين :

أحدهما : تكذيب المقر له في أحد نوعي الإقرار وهو الإقرار بحقوق العباد . وذلك

(1) المغني (ج 5 ص 201) ومغني المحتاج (ج 2 ص 262) .

(2) المغني (ج 5 ص 201) والأنوار (ج 1 ص 518) .

(3) المغني (ج 5 ص 201) .

(4) المغني (ج 5 ص 203 ، 204) والبدائع (ج 7 ص 230) .

(5) المغني (ج 5 ص 206) وسنن المحتاج (ج 2 ص 259) .

لأن الإقرار من المقر يدل على لزوم المقر به . وتكذيب المقر لما أقر به يدل على عدم اللزوم ، واللزوم لا يثبت مع الشك .

الثاني : رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع من الإقرار في حقوق الله تعالى خالصاً كحد الزنا ؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة ، فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد . يستوي في ذلك ما لو كان الرجوع قبل القضاء أو بعده ، قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت . وفي هذا أخرج أبو داود عن ابن نعيم بن هزال قال : كان ماعز بن مالك يتيماً في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له أبي : أئت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك ، وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجاً فأثاه فقال : يا رسول الله إني زنت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه . فعاد فقال : يا رسول الله إني زنت فأقم علي كتاب الله حتى قالها أربع مرار . قال ﷺ : « إنك قد قلتها أربع مرات ، فبمن ؟ » قال : بغلانة . قال : « هل ضاجعتها » قال : نعم . قال : « هل باشرتها » قال : نعم . قال : « هل جامعها » قال : نعم . قال : فأمر به أن يرجم ، فأخرج به إلى الحرة فلما رجم فوجد مس الحجارة جزع فخرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال : « هلأ تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه » ^(١) ولهذا فإنه يستحب للإمام أن يلحق المقر الرجوع عن إقراره بقوله : لعلك ضاجعت أو لمست أو قبلت أو باشرت أو نحو ذلك . وكذا السرقة فإنه يستحب للإمام أن يتترع من السارق المقر رجوعه عن إقراره وذلك بتلقينه ما يدعو للرجوع . ولو لم يكن الرجوع محتملاً لما كان للتلقين معنى أو فائدة فكان التلقين من النبي ﷺ احتيالاً لدرء الحد ^(٢) .

(2) البدائع (ج 7 ص 233) .

(1) أبو داود (ج 4 ص 145) .

اللقيط

اللقيط في اللغة : المنبوذ يلتقط واللقطة واللاقطة : الرجل الساقط الرذل المهين . والمرأة كذلك . والمراد هنا المعنى الأول وهو المنبوذ ⁽¹⁾ .

واللقيط عرفاً : الولد الصغير الضائع المطروح خوفاً من العيلة أو من تهمة الزنا باعتبار مآله إليه ؛ لأنه آيل إلى أن يلتقط في العادة . فهو بذلك دعي لنبيه وإلقائه في الطريق ونحوه ⁽²⁾ .

أركان اللقيط

ثمة أركان ثلاثة للقيط هي :

الركن الأول : الالتقاط :

أي أخذ المنبوذ من حيث وجد مطروحاً . وفي حكم ذلك تفصيل للعلماء ؛ فقد ذهبت الحنفية إلى أن الالتقاط مندوب إليه ؛ لما فيه من إحياء لنفس مسلمة واللّه جلّت قدرته يقول في إحياء النفس : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ ⁽³⁾ وذلك إذا لم يغلب على الظن ضياع اللقيط أو هلاكه . أما إن غلب على الظن ضياعه أو هلاكه كان التقاطه واجباً ، ومرادهم بالواجب هنا الفرض ؛ لأن هذا الحكم وهو إلزام التقاط المنبوذ المضيع إذا خيف هلاكه مجمع عليه ، والثابت إلزامه بقطعي فرض ⁽⁴⁾ .

وذهبت الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن التقاط المنبوذ فرض كفاية لقوله تعالى : ﴿ وَتَمَآوُؤًا عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ⁽⁵⁾ وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ والتقاط المنبوذ إحياء لنفس وإنجاء لها من الضياع والهلكة فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الغرق إذا حاق به خطر الموت غرقاً . ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقيين فإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا علموا فقره مع إمكان أخذه على أنه إذا لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد فلا جرم أن يلزمه أخذه وكذا إذا خيف عليه الهلاك ⁽⁶⁾ وهو قول الحنفية في المنبوذ إذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه كان التقاطه مفروضاً .

(1) لسان العرب (ج 7 ص 393 ، 394) ومختار الصحاح (ص 602) .

(2) شرح فتح القدير (ج 6 ص 110) ومغني المحتاج (ج 2 ص 417) وأسهل المدارك (ج 3 ص 79) .

(3) سورة المائدة الآية (32) . (4) شرح فتح القدير (ج 6 ص 110) . (5) سورة المائدة الآية (2) .

(6) مغني المحتاج (ج 2 ص 418) والأُنْوَل (ج 1 ص 670) والمغني (ج 5 ص 747) وأسهل المدارك (ج 3 ص 79) .

الركن الثاني : اللقيط :

وهو كل صبي ضائع لا كافل له . أو هو الصغير المنبوذ في شارع أو مسجد أو طريق أو نحو ذلك من الأمكنة وليس له كافل معلوم وإن كان مميزًا لحاجته إلى التعهد والرعاية . مع أن التعبير بالمنبوذ يفهم منه اختصاصه بغير المميز ، فإن المنبوذ هو الذي ينبذ دون التمييز ونبذه في الغالب إما لكونه من فاحشة خوفًا من العار أو للعجز عن مؤنته فإن لم يكن ثمة نبذ فقد وجب رده إلى القاضي لقيامه مقام كافله فيسلمه القاضي إلى من يقوم به مثلما يقوم بحفظ مال الغائبين . ويخرج بذلك الصبي إن كان بالغًا لاستغنائه عن الحفظ إلا أن يكون مجنونًا فيجب تعهده وحفظه . وقد ورد ذكر الصبي على لسان العلماء ؛ لأنه الغالب . وهو قول الشافعية ، خلافا لما ذهب إليه أكثر العلماء وهو أن اللقيط مختص بالصغير المولود أو الطفل المنبوذ الذي لم يعلم أبوه ولا أمه . أو هو الذي طرحه أهله خوفًا من العيلة أو فرازا من تهمة الزنا فمضيه آثم ومحزره غائم ؛ لما فيه من إحياء ⁽¹⁾ .

الركن الثالث : الملتقط :

فإنه ثبت ولاية الالتقاط أو حضانة اللقيط لكل مكلف حر ، ذكرًا كان أو أنثى ولكن الإناث أفضل وأليق بالحضانة لعطفهن وقدرتهن على القيام بالطفل على أن يأذن لهن أزواجهن . ويشترط في الملتقط أن يكون مسلمًا إذا كان اللقيط محكومًا بإسلامه تبعًا لإسلام المكان والسكان حيث وجد اللقيط ، وهو ما نعرض له بالبيان فيما بعد . ويشترط في الملتقط كذلك العدالة سواء في ذلك العدالة الظاهرة والباطنة ليدخل في ذلك المستور مع أنه يقدم العدل على المستور . ويستحب للملتقط أن يستأذن الحاكم قبل الالتقاط إلا أن ينفق عليه قاصدًا أخذ ما أنفقه من بيت المال فيأتي باللقيط إلى الحاكم ليأذن له بتعده . ويجب على الملتقط أن يحفظ اللقيط ويربيه على الخير والطاعة والتقوى ، وأن يدفع عنه الشر والضرر ، فإن عجز عن ذلك دفعه إلى القاضي ليدفعه إلى من يقوم به ⁽²⁾ . وينزوم للملتقط الإشهاد على الالتقاط وهو قول الشافعية ، والحنابلة في أحد القولين لهم . وبه قال الإمام أبو حنيفة بناء على قوله بوجوب الإشهاد في اللقطة .

(1) مغني المحتاج (ج 2 ص 418) والأنوار (ج 1 ص 670) وأسهل المدارك (ج 3 ص 79) والمغني (ج 5 ص 647) وشرح فتح القدير معه شرح العناية (ج 6 ص 109 ، 110) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 418) والمغني (ج 5 ص 756) وأسهل المدارك (ج 3 ص 79) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 110 ، 111) وبداية المجتهد (ج 2 ص 279) .

ووجه القول بوجوب الإشهاد على الالتقاط هو حفظ النسب والحرية ؛ وذلك كيلا يسترق اللقيط أو يضيع نسبه فاخصص بوجوب الشهادة كالنكاح (1) .

وذهبت المالكية ، والحنابلة في قولهم الثاني إلى عدم اشتراط الإشهاد على الالتقاط وذلك بناء على قولهم بعدم وجوبه على اللقطة . وهو قول الصحابين ، ووجه ذلك : أن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان (2) .

أحوال اللقيط

للقيط ثلاثة أحوال نعرض لها في التفصيل التالي وهي :

أولاً : حاله من حيث الحرية والرق : اتفقت كلمة العلماء على أن اللقيط حر من حيث الظاهر ؛ لأن الأصل هو الحرية في بني آدم . فالتناس كلهم أولاد آدم (عليه الصلاة والسلام) وحواء وقد كانا كلاهما حرين ، والمتولد من الحرين لا جرم يكون حراً . وما حدث من رق بعد ذلك في بعض ذرية آدم وحواء إنما كان بعارض الاستيلاء لسبب عارض وهو الكفر الذي يبعث على الحرب والقتال . إذا ثبت هذا فإنه يجب العمل بالأصل وهو كونه حراً حتى يقوم الدليل على العارض وهو التحول من الحرية إلى العبودية . وعلى هذا فقد رتب الشرع على هذا الاعتبار أحكام الأحرار من أهلية الشهادة والإعتاق واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار . وجملة ذلك : أن اللقيط حر في قول عامة العلماء إلا النخعي . وقد قال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . وقد روي هذا القول عن عمر وعلي وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم والثوري وإسحق . وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة . وقد شد النخعي في مذهبه في المسألة إذ قال : إن التقطه للحسية فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له . والصواب أنه حر لما بيناه (3) .

ثانياً : حاله من حيث الدين : ويعتبر في ذلك حال الدار أو المكان الذي وجد فيه اللقيط . فإذا وجد لقيط بدار الإسلام حكم بإسلامه . وتحتمل الدار أربع صور هي : أن

(1) المغني (ج 5 ص 756) والأنوار ومعه حاشية الكمثري (ج 1 ص 670) ومغني المحتاج (ج 2 ص 418) وبداية المجتهد (ج 2 ص 278) والبدائع (ج 5 ص 201) .

(2) المغني (ج 5 ص 756) وبداية المجتهد (ج 2 ص 278 ، 279) .

(3) المغني (ج 5 ص 747 ، 748) والأنوار (ج 1 ص 670) والبدائع (ج 5 ص 198) وشرح فتح القدير ومعه شرح العناية (ج 6 ص 110) وبداية المجتهد (ج 2 ص 280) وأسهل المدارك (ج 3 ص 81) .

تكون الدار يسكنها المسلمون وليس فيها كافر . أو أن يسكنها المسلمون وفيها أهل ذمة أو معاهدون ، وأن تكون الدار قد فتحها المسلمون وأقروها بيد كفار صلحاً . أو أن يقرها المسلمون بيد كفار بعد ملكها عنوة بجزية . أو أن يكون المسلمون قد سكنوها ثم جلاهم الكفار عنها وفيها مسلم ؛ فإنه في هذه الصور الخمس يحكم بإسلام اللقيط إذا وجد في حال من هذه الأحوال .

أما إذا وجد اللقيط بدار كفار وهي دار الحرب فهو كافر إن لم يسكنها مسلم ؛ إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به . وإن سكنها مسلم كأسير منتشر (غير محبوس) فإنه يحكم بإسلام اللقيط . وعلى هذا لو وجد لقيط في دار فتحها المسلمون وفيها مسلم واحد حكم بإسلامه ؛ لأنه يحتمل أن يكون اللقيط لذلك المسلم تغليبا للإسلام . وفي الخبر « الإسلام يعلو ولا يعلى » ⁽¹⁾ ، وإذا لم يكن في الدار مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره أخذاً بالظاهر . ولو كان البلد للمسلمين فغلب عليه الكفار فإن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام اللقيط لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال . وإذا لم يكن فيه مسلم حكم بكفر اللقيط أخذاً بالظاهر .

إذا ثبت ذلك فإنه إذا وجد مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فإنه يكون مسلماً حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين . ولو وجدته ذمي في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم فإنه يكون ذمياً أخذاً بالظاهر . وكذا لو وجدته ذمي في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فإنه يحكم بإسلامه اعتباراً للمكان . وثمة قول باعتبار حال الواجد الذي لقي اللقيط فإن كان الواجد مسلماً حكم بإسلام اللقيط ، وإن كان ذمياً حكم له على ملته . والصحيح اعتبار المكان ؛ لأن الوجود في مكان يكون تاباً لأهله سواء كانوا مسلمين أو ذميين حتى لو وجدته ذمي في بلد ليس فيه مسلم كان اللقيط ذمياً تحكيماً للظاهر . وذلك الذي عليه عامة أهل العلم ⁽²⁾ .

ولو وجدته مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافراً فإنه يجبر على الإسلام ولكن لا يقتل ؛ لأنه لا يعرف إسلامه حقيقة وإنما حكم به تباً للدار فلم تتمحقق رده

(1) أخرجه الدارقطني والبيهقي عن عائذ بن عمرو . النظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 474) .

(2) مغني المحتاج (ج 2 ص 422) والبدائع (ج 5 ص 198) والمغني (ج 5 ص 748 ، 749) وبداية المجتهد (ج 2 ص 279) وأسهل المدارك (ج 3 ص 81) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 113 ، 114) والأنوار (ج 1 ص 673) .

فلا يقتل . وعلى هذا لو بلغ الصغير في أرض الإسلام ثم وصف الكفر هدهد الحاكم وطالبه بالإسلام فإن أصر رده إليه قسراً . وهو قول الحنفية ، خلافاً للشافعية ؛ إذ قالوا : إذا بلغ اللقيط وأفصح بالكفر أو وصفه لا يقبل منه ويجعل مرتدًا ⁽¹⁾ وهو قول الحنابلة في الجملة ؛ إذ قالوا : إذا بلغ اللقيط حذًا يصح فيه إسلامه وردته فوصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره فإذا بلغ استتيب ثلاثًا فإن تاب وإلا قتل ⁽²⁾ .

ثالثًا : حاله من حيث النسب . فاللقيط مجهول النسب . حتى لو ادعى إنسان - الملتقط أو غيره - النسب منه صحت دعوته وثبت نسبه منه . فتسبب اللقيط من المدعي يحتمل الثبوت شرعاً ؛ لأنه مجهول النسب . وعلى هذا لو ادعى الملتقط أو غيره أن اللقيط ابنه سمعت دعواه من غير بينة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والمالكية في الجملة . وقالت به الحنفية استحساناً . والقياس ألا تسمع دعواه إلا بينة . ووجه القياس : أن المدعي قد ادعى أمراً جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة وليس ثمة بينة فلم تصح دعوى النسب من اللقيط ⁽³⁾ .

أما وجه الاستحسان أو صحة القول من مدعي النسب - وهو ما ذهب إليه أكثر العلماء - : فهو أن مدعي النسب من اللقيط قد أخير بأمر محتمل الثبوت . وكل من أخير عن أمر وأخير به محتمل الثبوت وجب تصديقه تحسباً للظن بالخبر إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير . وههنا في التصديق وإثبات النسب نظر لكل من اللقيط والمدعي . أما اللقيط : فالتنظر في حقه هو شرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك من وجوه الضياع . أما المدعي : فالتنظر في حقه أنه يحظى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية . وكذلك فإن تصديق المدعي فيما ادعاه مما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يتوقف على البينة ⁽⁴⁾ ؛ يستوي في ذلك ما لو كان المدعي مسلماً أو ذمياً أو عبداً . فلو ادعى نسبه ذمي صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون مسلماً ولا يتبعه في الكفر ؛ لأن المدعي ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة . والشيطان هما : نسب الولد ، وكونه كافراً فيصدق المدعي فيما فيه منفعة وهو

(1) البدائع (ج 5 ص 198) ومغني المحتاج (ج 2 ص 424) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 114) والأنوار ومعه حاشية الكمثري وخاتمة الحاج إبراهيم (ج 1 ص 673 ، 674) .

(2) المغني (ج 5 ص 749) . (3) البدائع (ج 5 ص 199) .

(4) البدائع (ج 5 ص 199) والمغني (ج 5 ص 763) وأسهل المدارك (ج 3 ص 81) والأنوار (ج 1 ص 673) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 112) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 327) .

النسب فيثبت ولا يصدق فيما يضره وهو الكفر فلا يحكم بكفره . ولا يلزم من كون الولد من المدعي (الذي) أن يكون كافراً ، كما لو حكم بإسلامه وإسلام أمه وإن كان الأب كافراً . هذا إذا أقر الذي أن اللقيط ابنه ولا بينة له ، أما إن أقام البينة على ذلك فقد ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه . وكذلك لو ادعى اللقيط عبداً أنه ابنه صحت دعواه وثبت نسبه منه ، لكنه لا يكون عبداً بل حراً ؛ لأن المدعي ادعى شيئين : أحدهما فيه منفعة للقيط وهو شرف النسب والترية وثانيهما فيه مضرة له وهو الرق ، فيصدق فيما ينفعه وليس فيما يضره ⁽¹⁾ .

واشترطت المالكية البينة لثبوت النسب من اللقيط . فمن ادعى أن اللقيط ولده فإنه لا يصدق إلا ببينة أو وجه يصدق المدعي أي يفيد الظن بصدقه . قال الإمام مالك في المدونة : من التقط لقيطاً فأتى رجل فادعى أنه ولده لم يصدق ولم يلحق به إلا أن يكون لدعواه وجه كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه رماه لقول الناس : إذا طرح عاش ونحوه مما يدل على صدقه فإنه يلحق به وإلا لم يصدق إلا ببينة . وجملة ذلك : أن من استلحق لقيطاً ببينة لحق به سواء كان المستلحق مسلماً أو ذمياً ⁽²⁾ .

دعوى النسب من اثنين

لو ادعى رجلان أن اللقيط ابنهما قدم صاحب البينة منهما . فمن كانت له بينة كان أحق بثبوت نسبه من اللقيط . وهو مالا خلاف فيه ⁽³⁾ .

أما إذا لم تكن لهما بينة فثمة خلاف بين العلماء في ذلك ؛ فقد ذهبت الحنفية إلى أنه إذا لم تكن لهما بينة قدم منهما من كان أنفع للقيط في دينه ودنياه فلو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً كان المسلم أولى بثبوت النسب ؛ لأنه أنفع للقيط . وكذلك إذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى ؛ لأنه أنفع له أيضاً ⁽⁴⁾ . وإذا كان المدعيان مسلمين حريين فإنه عندئذ يعول على الوصف من أحدهما ، فإن وصف أحدهما علامة في جسد اللقيط كان الواصف أولى به . ووجه ذلك : أن الدعويين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجع أحدهما بالعلامة . والدليل على جواز العلامة قوله تعالى :

(1) البائع (ج 5 ص 199) ومغني المحتاج (ج 2 ص 422) والمغني (ج 5 ص 763) .

(2) أسهل المنارك (ج 3 ص 80 ، 81) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 327 ، 328) .

(3) البائع (ج 5 ص 199) والمغني (ج 5 ص 766) والأنوار (ج 1 ص 673) .

(4) البائع (ج 5 ص 199) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 113) .

﴿إِنْ كَانَتْ قَيْصُصُهُمْ قَدْ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَذِبِينَ﴾ (1) وَإِنْ كَانَ قَيْصُصُهُمْ قَدْ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (2) فَلَمَّا رَأَى قَيْصُصُهُمْ قَدْ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُمْ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (3) وذلك اعتبار للعلامة وهي قد القميص من قبل أو من دبر للوقوف على من هو التابع منهما ومن هو المتبوع ، وإذا لم يصف أحدهما العلامة ؛ فإنه يحكم بكون اللقيط ابناً لهما ؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر (4) .

وزهبت الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما فيه سواء . وعلى هذا لو استلحق اللقيط اثنان لم يقدم المسلم على اللامي ولا الحر على العبد فإن أقام أحدهما بينة لحقه وإن أقام كل منهما بينة أو لم تكن ثمة بينة لهما عرض اللقيط على القائف (5) فيلحق من أحلقه به ؛ لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه .

ويستدل على اعتبار ما تقرره القافة من تبيين للإنسان بما رواه الخمسة عن عائشة (رضي الله عنها) قالت : دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : « يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيندا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » (6) فلولوا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه .

وإذا لم يكن ثمة قائف أو كان ، لكنه تحير أو نفاه عنهما أو أحلقه بهما فإنه ينتظر حتى يبلغ اللقيط فيؤمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه الجبلي إليه منهما ؛ فإن طبع الولد يميل إلى والده ويجد به ما لا يجد بغيره . وقال بذلك أيضاً أنس وعطاء والأوزاعي والليث وأبو ثور (7) .

ولو ألحقته القافة بكافر أو رقيق ؛ فإنه لا يحكم بكفره ولا رقه ؛ لأن الحرية والإسلام ثبتا للقيط تبعاً لظاهر الدار فلا يزول هذا الحق بمجرد الشبه والظن . وإنما قبلنا قول القافة في النسب من أجل الحاجة إلى إثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولا حاجة إلى إثبات رقه وكفره فإن إثباتهما يخالف الظاهر .

(1) سورة يوسف الآيات (26-28) .

(2) البديع (ج 5 ص 199 ، 200) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 113) .

(3) القائف : جمعه القافة . والقائف الذي يعرف الآثار . قاف أثره إذا تبعه . والمراد بالقافة هنا : قوم يعرفون الإنسان بالشبه فيعرفون شبه الرجل بأبيه وجده وأخيه مثلاً . انظر مختار الصحاح (ص 556) والمغني (ج 5 ص 769) .

(4) انظر التاج الجامع للأصول (ج 2 ص 352) .

(5) المغني (ج 5 ص 766) ومغني المحتاج (ج 2 ص 428) والأنوار (ج 1 ص 673) .

نفقة اللقيط

إذا وجد مع اللقيط شيء من مال فهو له وتجب النفقة عليه منه وهو ما لا خلاف فيه . وذلك أن الطفل يملك وله يد صحيحة فهو يرث ويورث ويصح له العقد في البيع وغيره يقوم به وليه . وعلى هذا فكل ما كان متصلاً باللقيط أو متعلقاً بمنفعته فهو ملك له في الظاهر . ومن ذلك ما كان من ملابسه أو مشدوداً في جسده أو ملبوسه أو يديه وكذا الثياب التي تحتها والتي عليها . وكذلك إن كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له . وكذلك المنفصل إن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه فهو له على الأرجح ؛ لأن الظاهر أنه ترك له .

أما إذا لم يوجد مع اللقيط شيء فلا يلزم الملتقط الإنفاق عليه وقد قال ذلك عامة أهل العلم . قال ابن المنذر في هذا : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ؛ وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية . وفي هذه الحال تجب نفقة اللقيط في بيت المال ؛ لأن ولاءه له فهو وارثه وماله مصروف إليه . وفي الخبر « الحراج بالضمآن » ⁽¹⁾ فما ينال بيت المال من فائدة تعود عليه من أحد فهو (بيت المال) منوط به الإنفاق عليه بالمقابل عند الحاجة والعسر . وإن تعلد الإنفاق عليه من بيت المال لانعدام المال منه أو كان اللقيط في مكان لا إمام فيه فقد لزمت نفقته من علم بحاله من المسلمين ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَنَسَآؤُنَا عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ؛ ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه . وحفظه والحيلولة دون هلاكه واجب على المسلمين على الكفاية ؛ فإن قام به قوم منهم فقد سقط الوجوب عن الباقيين وإن تركه جميعهم فقد أثموا ⁽²⁾ .

ولو أنفق عليه الملتقط من ماله فهل له أن يرجع على بيت المال بما أنفق ؟ ثمة تفصيل في ذلك : فقد ذهبت الحنفية إلى أنه إذا أنفق عليه الملتقط بإذن القاضي فله أن يرجع على بيت المال . وإن فعل بغير إذن من القاضي فلا يرجع ؛ لأنه بذلك يكون متطوعاً فيه ⁽³⁾ . وقالت المالكية : نفقة اللقيط في ماله وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو وجد

(1) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن عائشة . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 636) .

(2) المغني (ج 5 ص 751-753) والبدائع (ج 5 ص 198 ، 199) والأنوار (ج 1 ص 671) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 327) .

(3) البدائع (ج 5 ص 199) وشرح فتح القدير (ج 6 ص 116) .

معهم . فإن لم يكن له مال فنفقته على بيت المال إلا أن يتبرع أحد بالإئناق عليه . ومن أنفق عليه حسبة لله لم يرجع عليه بنفقة ما لم يعلم أن للقيط مالاً . فإذا علم أن له مالاً وأنفق عليه بنية الرجوع فله الرجوع مع يمينه . أي أن الملتقط إذا أنفق على اللقيط مع علمه بماله فإن له الرجوع إن حلف أنه أنفق ليرجع أو أشهد على أنه قصد وقت الإئناق أن يرجع بما أنفق ⁽¹⁾ .

وقالت الشافعية ، والحنابلة في الجملة : إذا لم يعرف للقيط مال عام ولا خاص فالأظهر أن ينفق عليه من بيت المال من سهم المصالح من غير رجوع عليه . وهو قول الحنفية كذلك في الجملة . يدل على ذلك أن عمر (رضي الله عنه) استشار الصحابة (رضي الله عنهم) في ذلك فأجمعوا على أنها في بيت المال . ويقاس ذلك أيضًا على البالغ المعسر بل أولى ⁽²⁾ . وثمة قول في مذهب الشافعية بوجوب الاقتراض على اللقيط من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال . فإن لم يكن في بيت المال شيء أو كان وثم ما هو أهم من نفقة اللقيط كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك أو حالت الظلمة دونه ، كان على الإمام أن يقترض له من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام ، فإن تعذر الاقتراض قام المسلمون بكفايته قرضًا حتى يثبت لهم الرجوع بما أنفقوا على اللقيط ويقسطها الإمام على الأغنياء منهم ، ويجعل نفسه منهم فإن تعذر استيعابهم لكثرتهم قسطها الإمام على من رآه منهم باجتهاده فإن استؤوا في اجتهاده تخير منهم . وإذا لم يظهر للقيط مال ولا قريب ولا كسب فالرجوع على بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام وإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغه ويساره قضى منه وإن حصل له مال مع بيت المال معًا قضى من ماله ⁽³⁾ .

وإذا أنفق عليه الملتقط أو غيره متبرعًا فلا شيء له ، وإذا لم يكن قاصدًا التبرع بل الرجوع عليه إذا أيسر كان له ذلك بإذن الحاكم ويلزم للقيط ما أنفق الملتقط أو غيره عليه . وهو قول الحنابلة والشافعية والحنفية في الجملة ⁽⁴⁾ .

(1) أسهل المدارك (ج 3 ص 80) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 2 ص 327) .

(2) معني المحتاج (ج 2 ص 421) والأنبوار (ج 1 ص 671) والمغني (ج 5 ص 752) .

(3) معني المحتاج (ج 2 ص 421) والأنوار (ج 1 ص 671) .

(4) المغني (ج 5 ص 752) والأنوار (ج 1 ص 671) والبدائع (ج 5 ص 199) .

ولاء اللقيط

يراد بولاء اللقيط هنا : ميراثه . وقد بينا سابقاً أن اللقيط حر الأصل ولا ولاء لأحد من الناس عليه فلا يرثه منهم أحد إلا أن يكون لذلك سبب من قرابة أو زواج أو عتق ، وإنما يرثه المسلمون ؛ لأنهم قد حولهم الله كل مال ليس له مالك فهم يرثون من لا وارث له . وذلك الذي عليه عامة العلماء .

إذا ثبت هذا فإن ولاء اللقيط لبيت المال فهو يرثه ؛ لأنه (بيت المال) يعقل عنه فيكون عقله له ⁽¹⁾ . وفي الخبر « الخراج بالضمان » ⁽²⁾ .

وإذا بلغ اللقيط فله أن يوالي من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال ، فليس له أن يوالي أحداً . وهو قول الحنفية ⁽³⁾ .

(1) المنفي (ج 5 ص 752) والبدائع (ج 5 ص 199) وبداية المجتهد (ج 2 ص 280) .

(2) سبق تخريجه . (3) البدائع (ج 5 ص 199) .

ما يحل أكله وما لا يحل

المقصود في المسألة الحيوان مما يحل لحمه وما لا يحل . والحيوان من حيث ذلك نوعان :

أحدهما : حيوان البحر . وذلك موضع تفصيل ؛ فقد ذهبت المالكية والشافعية في أحد القولين لهم ، والحنابلة في الظاهر من مذهبه إلى أنه يحل ما في البحر ومنه السمك خاصة فإنه يحل أكله . ودليل ذلك من الكتاب الحكيم قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ ﴾ واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر . فيقتضي ذلك أن يكون الكل حلالا . واستدلوا كذلك من السنة بما أخرجه ابن ماجه والحاكم والبيهقي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « أحلت لنا ميتتان ودمان ؛ فأما الميتتان : فالسمك والجراد ، وأما الدمان : فالكبد والطحال » ⁽¹⁾ . وكذا الحديث « إن ماء طهور وميته حل » والمراد بالضمير البحر ⁽²⁾ . وكذا الحديث « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ⁽³⁾ . ومن الاستدلال بالنظر أن حيوان البحر لا يعيش إلا في الماء فحل أكله كالسمك .

وعلى هذا فإن السمك وغيره من ذوات الماء التي لا تعيش إلا فيه إذا ماتت فهي حلال سواء ماتت بسبب أو غير سبب . وما مات بسبب كما لو صاده إنسان أو نذبه البحر أو جزر عنه فإنه يباح أكله وكذا ما حبس في الماء حتى يموت ⁽⁴⁾ وفي ذلك أخرج الدارقطني عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال : « كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقاه ، وما وجدتموه ميتا أو طافيا فوق الماء فلا تأكلوه » ⁽⁵⁾ .

وأخرج الدارقطني عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما ومات فيه وطفا فلا تأكلوه » ⁽⁶⁾ .

وأخرج الدارقطني كذلك عن جابر أنه كان يقول : « ما ضرب به البحر أو جزر عنه أو صيد فيه فكل ، وما مات فيه ثم طفا فلا تأكل » ⁽⁷⁾ وجملة ذلك أن صيد البحر مباح

(1) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 46) .

(2) أخرجه الدارقطني عن ابن عمر . انظر الجامع الصغير (ج 4 ص 267) .

(3) أخرجه البيهقي عن أبي هريرة (ج 9 ص 252) .

(4) للمذهب (ج 1 ص 250) وأسهل المدارك (ج 2 ص 57) والمغني (ج 8 ص 571 ، 572) .

(5) (ج 4 ص 268) . (6) الدارقطني (ج 4 ص 269) .

(7) الدارقطني (ج 4 ص 269) .

إلا الضفدع . وكذلك فإن كلب الماء مباح . وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية (1) .

وذهبت الحنفية إلى أنه لا يحل من حيوان البحر إلا السمك خاصة . أما غير السمك فلا يحل أكله . وهو القول الثاني للشافعية . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ ﴾ وذلك من غير فصل بين البري والبحري ، فلا يحل من حيوان الماء غير السمك .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهُمْ الْخَبِيثَ ﴾ وما كان من حيوان البحر من غير السمك لا يحل أكله وذلك كالضفدع والسرطان وحية الماء وكلب البحر وخنزيره ونحو ذلك فإنه من الخبائث (2) .

أما المالكية فذهبوا إلى طهارة حيوان البحر مطلقاً وهو قول ابن أبي ليلى أي أن جميع حيوانات البحر مباح أكلها ولم يستثنوا منها شيئاً . فهي بذلك طاهرة ولو تغيرت بتتونة (صارت نتنة) إلا أن يتحقق ضررها فيحرم أكلها لذلك لا لتجاستها . وكذا المذكي ذكاة شرعية طاهر ولو تغير بتتونة ، ويؤكل ما لم يخف الضرر وسواء وجد ذلك الميت راسباً في الماء أو طافياً ، أو في بطن حوت أو طير وسواء ابتلعه ميتاً أو حيّاً ومات في بطنه ويفسل ويؤكل وسواء صاده مسلم أو مجوسي ، ويدخل في الإباحة آدمي الماء وكلبه وخنزيره . وقالوا : هذا المعتمد في المذهب وما عداه لا يعول عليه (3) .

واختلفوا في السمك الطافي ؛ فقد ذهبت الشافعية والحنابلة والمالكية إلى حله ؛ وذلك لعموم قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ ﴾ وهو يدل لعمومه على إباحة ما في البحر من حيوان ، يستوي في ذلك ما كان طافياً أو غير طافٍ وكذلك عموم قوله ﴿ هُوَ الطَّيْهُورُ مِثْلُ مَاؤِ الْحُلِيِّ مِثْلِهِ ﴾ فلم يفصل في ذلك بين الطافي وغيره (4) .

ويستدل على ذلك أيضاً بجملة أخبار منها ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس أنه قال : أشهد على أبي بكر أنه قال : « السمكة الطافية حلال لمن أراد أكلها » (5) .

وكذلك أخرج الدارقطني عن ابن عباس قال : سمعت أبا بكر يقول : « إن الله تعالى ذبح لكم في البحر فكلوه فإنه ذكي » وهو يدل لعمومه على إباحة ما في البحر من

(1) المغني (ج 8 ص 607) وأسهل المدارك (ج 2 ص 57) والمهذب (ج 1 ص 251) .

(2) البدائع (ج 5 ص 35) والمهذب (ج 1 ص 250) . (3) أسهل المدارك (ج 2 ص 57) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 57) والمغني (ج 8 ص 572) . (5) الدارقطني (ج 4 ص 269) .

سمك سواء كان طافياً أو غير طافٍ .

أما الحنفية فقالوا : لا يحل من السمك ما كان طافياً ⁽¹⁾ واستدلوا على ذلك من السنة بما أخرجه الدارقطني عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال : « كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقاه . وما وجدتموه ميتاً أو طافياً فوق الماء فلا تأكلوه » ⁽²⁾ ، وكذلك ما أخرجه الدارقطني عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه وطقاً فلا تأكلوه » ⁽³⁾ .

ثانيهما : حيوان البر ؛ فإنه يحرم منه ما نص الله تبارك وتعالى عليه في كتابه كقوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ وما عدا هذه المسميات من الطيبات فهو مباح . وما كان غير ذلك من الحبائث فهو حرام أكله . وفي هذا يقول عز من قائل : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ .

على أنه يحل من البهائم ما كان من الأنعام لقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ ﴾ وبهيمة الأنعام تشمل الإبل والبقر والغنم . ويضاف إلى ذلك الوحشي منه كالبقرة الوحشي والحمر الوحشية والظباء . ولا يدخل في ذلك ما لو كان من ذوات الحافر . وما يدل على أن الحافر غير داخل في الأنعام قوله تعالى : ﴿ وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعَةٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ ثم عطف على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ فلما استأنف ذكرها وعطفها على الأنعام دل على أنها ليست منها ⁽⁴⁾ .

إذا ثبت هذا فإنه لا يباح أكل الحبائث في الجملة . ومن المستحبات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان - وهي دوية نحو الخنافس حمراء اللون ، وأكثر ما تكون في الحمامات وفي الكنف . وكذا الحلزون - والخنافس والفأر والوزع . والحرباء والجراذين والعقارب والحيات والذباب والعنكبوت ونحو ذلك ؛ لأنه من الحبائث ولأن الطبائع السليمة تستقذره وتعافه ⁽⁵⁾ .

(2 ، 3) سبق تخريجه .

(1) البدائع (ج 5 ص 36) .

(4) المهذب (ج 1 ص 249) والمغني (ج 8 ص 585) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 288) وفي ظلال القرآن (ج 6 ص 837) .

(5) البدائع (ج 5 ص 36) والمغني (ج 8 ص 585 ، 586) وأسهل المدارك (ج 2 ص 58 ، 59) والمهذب (ج 1 ص 249 ، 250) .

يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ وَنُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ وذلك كله من الخبائث وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم : الغراب والحداة والعقرب والفأرة والكلب العقور » (1) .

وتحريم تلك الخبائث مذهب الجمهور فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ، لما بيناه من دليل . وكذلك الحية فإنه يحرم أكلها ؛ لما أخرجه مسلم وابن ماجه والنسائي عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « خمس فواسق تقتلن في الحل والحرم : الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحديا » (2) .

وكذلك فإن الحية مأمور بقتلها . ولو كانت من الصيد المباح - كما قيل - لما أمر بقتلها (3) .

أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل إذ قالوا بتحريم كل ما يضر ، وذلك في الجملة . فلا يحل أكل ما يضر من الحشرات . أما إذا اعتاد قوم أكلها ولم تضرهم وقبلتها أنفسهم فالمشهور عندهم أنها لا تحرم . فالتعبان مثلاً إذا أمكن تذكيتة بقطع جزء من جهة رأسه وجزء من جهة ذنبه حتى يكون بحالة لا يبقى معه فيها سم وقبلت النفس أكله بدون أن يلحق منه ضرر فقد حل أكله . ومثل ذلك سائر حشرات الأرض . وهو قول الأوزاعي وابن أبي ليلى ونقل عن بعض المالكية تحريم حشرات الأرض مطلقاً ؛ لأنها من الخبائث (4) .

أكل القنفذ : فقد رخص فيه الشافعية والليث وأبو ثور ، لما روي أن ابن عمر (رضي الله عنهما) سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا آيِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْسَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ ﴾ .

ويستدل من النظر أن القنفذ مستطاب لا يتقوى بنباه فحل أكله كالأرنب (5) .

وذهبت الحنفية والحنابلة والشافعية في أحد قوليهما إلى تحريم القنفذ ؛ لأنه من الخبائث

(1) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي عن عائشة . انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 611) .

(2) انظر الجامع الصغير للسيوطي (ج 1 ص 610) .

(3) المغني (ج 8 ص 585) والبدائع (ج 5 ص 36) والمهذب (ج 1 ص 248-250) .

(4) أسهل المديار (ج 2 ص 60 ، 61) والمغني (ج 8 ص 585 ، 586) .

(5) المهذب (ج 1 ص 247) والمغني (ج 8 ص 586) .

ولأنه يشبه المحرمات ويأكل الحشرات فأشبه الجرذ .

أما للملكية فالظاهر من مذهبهم أن القنفذ مباح أكله إذا اعتاد الناس أكله وقبلته أنفسهم إن كان أكله لا يضرهم ⁽¹⁾ .

وزهدت الشافعية في الصحيح من مذهبهم إلى أن القنفذ حلال ⁽²⁾ ؛ لقوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَائِفَةٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَبْنًى أَوْ دَمًا مَسْفُورًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ ﴾ .

تحريم الحمر الأهلية : ذهب جمهور العلماء إلى تحريم الحمر الأهلية . قال ابن عبد البر في هذا الشأن : لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريم الحمر الأهلية ⁽³⁾ .

وقد ثبت تحريمها بكل من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، فقوله تبارك وتعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ ⁽⁴⁾ ووجه الاستدلال : أنه لا يحل من الخيل والبغال والحمير سوى المذكور فيها وقت نزول الآية ، وهو الركوب ؛ لأن الأصل في الفعل هو الحال فيحتمل أنه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها . وفي الجملة : فإن الله سخر الخيل والبغال والحمير للركوب لا للأكل ⁽⁵⁾ .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه الدارقطني عن المقدم بن معدي كرب أن النبي ﷺ قال : « إني قد أوتيت الكتاب وما يعدله ، يوشك شعبان على أريكته يقول : بيننا وبينكم الكتاب فما كان فيه من حلال أحللناه وما كان فيه من حرام حرمناه وأنه ليس كذلك لا يحل كل ذي ناب من السباع ولا الحمار الأهلي » ⁽⁶⁾ . وأخرج الدارقطني عن خالد بن الوليد أن رسول الله ﷺ « نهى يوم خيبر عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السبع أو مخلب من الطير » ⁽⁷⁾ .

وأخرج الدارقطني عن خالد بن الوليد قال : « حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر أموال

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 60) .

(2) المجموع (ج 9 ص 11) .

(3) المغني (ج 8 ص 586 ، 587) وأسهل المدارك (ج 2 ص 59) والمهذب (ج 1 ص 247) والبدائع (ج 5 ص 37) .

(4) سورة النحل الآية (8) .

(5) البدائع (ج 5 ص 37) وأسهل المدارك (ج 2 ص 59) .

(6 ، 7) الدارقطني (ج 4 ص 287) .

المعاهددين وحمر الأنس وخيلها وبغالها » (١) .

وقد ذهب بعض أهل العلم إلى أنه لا بأس بأكل لحم الحمار وهو قول بشر المريسي . وحكي ذلك عن ابن عباس وعائشة (رضي الله عنهما) . واحتجوا لذلك بظاهر قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَمْرُ لِي بِمَا أُؤْتِي إِلَيْكُمْ حَرَمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْنَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَيْزُرٍ ﴾ وقد تلا ابن عباس هذه الآية وقال : « ما خلا هذا فهو حلال » (٢) .

واستدلوا من السنة بما أخرجه أبو داود عن غالب بن أبجر قال : أصابتنا سنة فلم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا شيء من حمر وقد كان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية فأثبت النبي ﷺ قلت : يا رسول الله أصابتنا السنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان الحمر وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية فقال : « أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل جوار القرية » يعني الجلالة (٣) . والصحيح قول الجمهور وهو تحريم الحمر الأهلية . ولا ينبغي التعميل على حديث غالب بن أبجر ؛ وذلك لاحتمال تأويله على غير الوجه المذكور ؛ فإنه يحتمل أن رسول الله ﷺ رخص لهم أكل الحمار في الجاعة ، وبين أن علة تحريم الحمر الأهلية المطلق كونها تأكل العذرات (٤) .

وكذلك البغال ، فإنها ينسحب عليها من الحكم ما قيل في الحمر . وبذلك فإنها (البغال) لا يحل أكلها . وذلك الذي عليه عامة العلماء (٥) . وفي هذا أخرج الدارقطني عن خالد بن الوليد قال : « حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر أموال المعاهددين وحمر الإنس وخيلها وبغالها » (٦) .

وأخرج الدارقطني أيضًا عن عطاء عن جابر قال : كنا نأكل لحوم الخيل ، قلت : البغال ؟ قال : لا .

لحم الخيل : للعلماء في لحم الخيل قولان :

أحدهما : إباحة أكلها . وهو قول الشافعية والحنابلة . وقال به ابن سيرين والليث وأبو

(١) الدارقطني (ج ٤ ص ٢٨٨) .

(٢) المنذني (ج ٨ ص ٥٨٦) والبدائع (ج ٥ ص ٣٧) والمجموع (ج ٩ ص ٧) .

(٣) أبو داود (ج ٣ ص ٣٥٦ ، ٣٥٧) . (٤) (٤ ، ٥) المغني (ج ٨ ص ٥٨٧) .

(٦) الدارقطني (ج ٤ ص ٢٨٨) .

ثور والصاحبان ، وهو مروي عن ابن الزبير والحسن وعطاء واستدلوا على ذلك بكل من السنة والنظر .

أما السنة فمنها ما أخرجه الدارقطني عن جابر قال : « سافرنا - يعني مع رسول الله ﷺ - فكلنا نأكل لحوم الخيل وأشرب ألبانها » ⁽¹⁾ .

وأخرج الدارقطني عن جابر قال : « أكلنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل » ⁽²⁾ .

وأخرج الدارقطني كذلك عن جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن أكل لحوم الحمر الأهلية وأذن لنا في لحم الفرس » ⁽³⁾ .

وأخرج الدارقطني كذلك عن ابن عباس قال : « نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر وأمر رسول الله ﷺ بلحوم الخيل أن يؤكل » ⁽⁴⁾ .

وأخرج الدارقطني عن أسماء بنت أبي بكر قالت : « ذهبنا فرسا على عهد رسول الله ﷺ فأكلنا منه » ⁽⁵⁾ .

أما النظر فهو أن الفرس حيوان طاهر مستطاب ليس بذئ ناب ولا مخلب فيحل كبهيمة الأنعام ؛ ولأنه داخل في عموم الآيات والأخبار المبيحة ⁽⁶⁾ .

فإنه : تحريم لحوم الخيل . وهو قول الإمام أبي حنيفة . واحتج بالسنة وظاهر الكتاب .

أما الكتاب ، فهو قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ فإنه يستدل من ظاهر هذه الآية على إباحة الخيل من أجل الركوب والزينة وليس الانتفاع بالأكل . ولو كان الأكل مباحا لذكره . مع أن هذه الآية معطوفة على الأنعام ﴿ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ ﴾ فدل ذلك على أن الخيل ليست من الأنعام فلا يحل أكلها ⁽⁷⁾ . قال ابن عباس في تأويل قوله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ :

(1) الدارقطني (ج 4 ص 288) .

(2) ، (3) الدارقطني (ج 4 ص 289) .

(4) ، (5) الدارقطني (ج 4 ص 290) .

(6) المنهي (ج 8 ص 591) والمهذب (ج 1 ص 246) والبدائع (ج 5 ص 38) .

(7) البدائع (ج 5 ص 38) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 288) .

﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ قال : هذه للركوب ﴿ وَالْأَنْعَمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ مِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ قال : هذه للأكل . وعنه (رضي الله عنه) أنه كان يكره لحوم الخيل والبغال والحمير . وكان يقول : قال الله : ﴿ وَالْأَنْعَمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ مِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ فهذه للأكل ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ فهذه للركوب ⁽¹⁾ .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه الدارقطني عن خالد بن الوليد أن رسول الله ﷺ « نهى يوم خمير عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السبع أو مخلب من الطير » ⁽²⁾ .

وكذلك أخرج الدارقطني عن خالد بن الوليد قال : « نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السباع » ⁽³⁾ .

أما المالكية فذهبوا في المشهور من قولهم إلى أن الخيل لا يحل أكلها . وقد نقل عن الإمام مالك قوله : لا تؤكل البغل والخيل والحمير . قال : وإذا دجن حمار وحش وصار يعمل عليه لم يؤكل . ووجه قوله : أنه لما تأنس وصار يعمل عليه فقد صار كالأهلي . وقال في الموطأ : إن أحسن ما سمع في الخيل والبغال والحمير أنها لا تؤكل ؛ لأن الله تبارك وتعالى قال : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ أي لا للأكل . وثمة قول في المذهب بكراهة الخيل ⁽⁴⁾ .

تحريم ذوات الناب من السباع : وهي الحيوانات المتوحشة التي تضرب الشيء بأنيابها وتفترسه ⁽⁵⁾ . فقد ذهب جمهور العلماء إلى تحريم كل ذي ناب من السباع يعدو به فيجرح أو يكسر وذلك كالأسد والنمر والفهد والذئب والذئب والكلب والخنزير ونحو ذلك من ذوات الأنياب . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية ⁽⁶⁾ . ويستدل على ذلك من السنة . منها ما أخرجه الدارقطني عن المقدم بن معدي كرب أن النبي ﷺ قال : « لا يحل أكل كل ذي ناب من السباع » ⁽⁷⁾ .

(1) تفسير الطبري (ج 7 ص 57) وتفسير القرطبي (ج 10 ص 76) .

(2 ، 3) الدارقطني (ج 4 ص 287) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 59) وتفسير القرطبي (ج 10 ص 76 ، 77) .

(5) المغني (ج 8 ص 587) والمجموع (ج 9 ص 12) ومختار الصحاح (ص 497) .

(6) البدائع (ج 5 ص 39) والمغني (ج 8 ص 589) وأسهل المدارك (ج 2 ص 59) والمذهب (ج 1 ص 248) .

(7) الدارقطني (ج 4 ص 287) .

وكذلك أخرج الدارقطني عن خالد بن الوليد أن رسول الله ﷺ « نهى يوم خيبر عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السبع أو مخلب من الطير » (1) .

وذهبت المالكية في المشهور من قولهم إلى أن كل ذي ناب من السباع مكروه . وثمة قول في المذهب بالإباحة . وهو قول الشعبي وسعيد بن جبير وذلك لعموم قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَائِفَةٍ يَنْظُرُهُمْ ﴾ وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِرِ وَمَا آوَلَّ بِهِ ﴾ وذلك يدل بمومه على إباحة كل ذي ناب من السباع (2) .

أكل الضبع : اختلف في ذلك العلماء . فقد ذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن لحم الضبع مباح . ورويت الرخصة فيها عن سعد وابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحق . وقال عروة : ما زالت العرب تأكل الضبع ولا ترى بأكلها بأثماً ودليلهم في ذلك عموم قوله تعالى : ﴿ وَبِحِلِّ لَهْمِ الْغِلْيَةِ ﴾ .

والضبع من الطيبات . قال الشافعي رحمه الله : ما زال الناس يأكلون الضبع ويبعونه بين الصفا والمروة (3) . ويستدل على ذلك من السنة بما أخرجه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال : « هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » (4) .

وذهبت الحنفية إلى تحريم أكل الضبع ؛ لأن الضبع سبع ذو ناب فيدخل تحت الحديث في النهي عن كل ذي ناب من السباع . وذلك قول المالكية في الجملة ؛ إذ قالوا بتحريم كل ما يعدو من ذوات الناب وما لا يعدو فهو مكروه . أما الضبع فهو ذو ناب يعدو من السباع فهو حرام (5) .

أكل الصعلب : للعلماء فيه قولان :

أحدهما : لا يحل أكله . وهو قول الحنفية والحنابلة والظاهر من مذهب المالكية . وهو

(1) الدارقطني (ج 4 ص 287) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 59) والمغني (ج 8 ص 587) .

(3) المهذب (ج 1 ص 247) والمغني (ج 8 ص 587 ، 604) .

(4) أبو داود (ج 3 ص 355) .

(5) البدائع (ج 5 ص 39) وأسهل المدارك (ج 2 ص 60) .

قول أبي هريرة رضي الله عنه . ووجه ذلك : أن الثعلب سبع فيدخل في عموم النهي ⁽¹⁾ .

ثانيهما : إباحة أكل الثعلب . وهو مذهب الشافعية . وخصص فيه عطاء وطاووس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة وهي رواية عن أحمد . ودليلهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ ﴾ والثعلب من الطيبات فهو مستطاب يصطاد ؛ ولأنه لا يتقوى بنابه فأشبهه الأرنب ⁽²⁾ .

ومما يحرم أكله كذلك القرد . وقال ابن عبد البر في هذا : لا أعلم بين المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه ؛ وذلك لأن القرد من السباع وهو مسخ أيضاً فهو من الخبائث ⁽³⁾ .

وكذلك الفيل . فإنه لا يحل أكله . وذلك الذي عليه عامة العلماء ودليلهم في ذلك الخبر « نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع » ولا جرم أن يكون الفيل من أعظم السباع ناباً .

وكذلك فإنه مستحب فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ ﴾ وبذلك يحرم أكله ⁽⁴⁾ .

وكذلك ابن عرس ⁽⁵⁾ والوبر ⁽⁶⁾ واليربوع ⁽⁷⁾ لا يحل أكلها ؛ لأن هاتيك مستخبثة غير مستطابة فهي تدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ ﴾ فيحرم أكلها وكذا النمس ؛ لأنه من الخبائث . وذلك الذي عليه الحنفية والحنابلة ⁽⁸⁾ .

أما الشافعية فقالوا بإباحة ذلك ؛ لأنه من الطيبات وهو مما تصطاده العرب وتأكله ⁽⁹⁾ .

(1) البدائع (ج 5 ص 39) وأسهل المدارك (ج 2 ص 39) والمغني (ج 8 ص 588) .

(2) للمهذب (ج 1 ص 247) والمغني (ج 8 ص 588) .

(3) للمغني (ج 8 ص 588) وأسهل المدارك (ج 2 ص 60) والبدائع (ج 5 ص 39) والمجموع (ج 9 ص 17) .

(4) للمغني (ج 8 ص 589) والبدائع (ج 5 ص 39) وأسهل المدارك (ج 2 ص 60) والمجموع (ج 9 ص 17) .

(5) ابن عرس : حيوان على خلقه الهر . انظر النظم المستعذب لابن بطال الركني بهامش المهذب (ج 1 ص 247) .

(6) الوبر : دوية على قدر الستور مثل الجرذ إلا أنه أنبل منها وأكبر وهي طحلء اللون ، كحلء لجلء من جنس بنات عرس ولها ذنب . انظر النظم المستعذب (ج 1 ص 247) وشرح الدردير (ج 1 ص 322) .

(7) اليربوع : دوية بخلقة الفأر أو أكبر له مفاتيح في حجرة في الأرض إذا ساوا عليه فتخا خرج من آخر ولكل واحد اسم وهي التافقاء والقاصعاء والداماء والراطباء . انظر النظم المستعذب (ج 1 ص 247) وشرح الدردير (ج 1 ص 322) .

(8) المغني (ج 8 ص 588) والبدائع (ج 5 ص 39) . (9) المهذب (ج 1 ص 247) .

وكذلك الأرنب . فإنه مباح أكلها . وقد ذهب إلى ذلك عامة العلماء وقد رخص فيها عطاء وابن المسيب والليث والحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية . وقال بإباحتها أبو ثور وابن المنذر . ويستدل على ذلك بما أخرجه الدارقطني عن عائشة قالت : « أهدي إلى رسول الله ﷺ أرنب وأنا نائمة فخبأ لي منها العجز فلما قمت أطعمني » (1) . وكذلك فإن الأرنب حيوان مستطاب ليس بهذي ناب فهو يشبه الطيبي فحل أكله بعد تذكيته (2) .

وكذلك الضب (3) . فقد قال بإباحته أكثر العلماء منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وغيرهم من الصحابة . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والظاهر من مذهب المالكية . وقال به الليث وابن المنذر (4) واستدلوا على ذلك بما أخرجه الترمذي عن ابن عمر أن النبي ﷺ سئل عن أكل الضب فقال : « لا أكله ولا أحرمه » (5) .

وذهبت الحنفية إلى أنه لا يحل أكل الضب . واستدلوا على ذلك بكل من الكتاب والسنة . أما الكتاب ، فقوله سبحانه وتعالى ﴿ وَحَرَّمَ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ والضب من الخبائث (6) .

أما السنة ، فقد أخرج أبو داود عن عبد الرحمن بن شبل أن رسول الله ﷺ « نهى عن أكل لحم الضب » (7) ، وكذلك أخرج أبو داود عن ابن عباس أن خالته أهدت إلى رسول الله ﷺ سمناً وأضباً وأقطاً فأكل من السمن ومن الأقط وترك الأضب تقلداً ، وأكل على مائدته ، ولو كان حراماً ما أكل على مائدة رسول الله ﷺ (8) .

ما يحرم من الطيور : يحرم من الطير كل ذي مخلب . وهي التي تمسك بمخالبها وتصيد بها . فيدخل في ذلك كل طير له مخلب يعدو به كالعقاب والبازي والصقر والشاهين والحدأة والبومة والنسر وما أشبه ذلك من الطيور الجارحة ذات المخالب . فإن

(1) الدارقطني (ج 4 ص 291) .

(2) المغني (ج 8 ص 591 ، 592) والمهذب (ج 1 ص 247) والبدائع (ج 5 ص 39) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 322) .

(3) الضب : حيوان من جنس الزواحف ، غليظ الجسم خشن له ذنب عريض حرش أعقد بكثير في صحارى الأقطار العربية . انظر للمعجم الوسيط (ج 1 ص 532) .

(4) المغني (ج 8 ص 603) والمهذب (ج 1 ص 247) .

(5) الترمذي (ج 4 ص 251 ، 252) .

(6) البدائع (ج 5 ص 36) . (7) أبو داود (ج 3 ص 354) . (8) أبو داود (ج 3 ص 353) .

ذلك لا يحل أكله وقد ذهب إلى ذلك أكثر العلماء فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة (١) .
 واستدلوا على ذلك بما أخرجه الدارقطني عن خالد بن الوليد أن رسول الله ﷺ
 « نهى يوم خيبر عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السبع أو مخلب
 من الطير » (٢) .

وذهبت المالكية إلى أن الطير كله مباح وتكره سباع الطير . والكراهة لا تنافي
 الجواز . وعلى هذا فإنه لا بأس بأكل سباع الطير وكل ذي مخلب منها . وقد ذكر عن
 ابن القاسم قوله : لم يكره مالك أكل شيء من الطير كله : الرنحام والعقبان والنسور
 والأحذية والغربان وجميع سباع الطير وغير سباعها ما أكل الجيف منها وما لم يأكلها .
 وقال الخرشي : المشهور أن جميع الطير مباح أكله ولو كان ذا مخلب كالبارز والعقاب
 والصقر والرخم (٣) .

وكذلك يحرم الخطاف (٤) والخشاش (٥) أو الخفاش والنحل والزبور والذباب ؛ لأن
 هذه من حشرات الطير المستخينة غير المستطابة فيحرم أكلها . وما كان غير ذلك من
 الطيور فهو مباح لعموم النصوص الدالة على الإباحة . فيحل أكل الطيور المستطابة كالنعام
 والدجاج والعصافير والحمام والحجل والبط والقناير والطواويس . فذلك كله مأكول لقوله
 تعالى ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيْرَ كُلَّهَا ﴾ وهذه كلها مستطابة من غير خلاف (٦) .

أما الهدد فثمة قولان فيه :

أحدهما : يحرم أكله . وهو قول الشافعية ، والحنابلة في أحد القولين لهم ؛ لأن النبي
 ﷺ نهى عن قتله ، وما يؤكل لا ينهى عن قتله ؛ وكذا الصرد (٧) .

ثانيهما : يحل أكله . وهو قول المالكية ، والحنابلة في قولهم الثاني ؛ وذلك لأن

(١) المغني (ج ٨ ص ٥٨٩) والبدائع (ج ٥ ص ٣٩) والمهذب (ج ١ ص ٢٤٩) .

(٢) الدارقطني (ج ٤ ص ٢٨٧) .

(٣) أسهل المدارك (ج ٢ ص ٥٧ ، ٥٨) والمهذب (ج ١ ص ٢٤٩) والمغني (ج ٨ ص ٥٩٠) .

(٤) الخطاف : هو السنونو . وهو ضرب من الطيور القواطع ، عرض المنقار دقيق الجناح طوله متفش الذيل .
 انظر المعجم الوسيط (ج ١ ص ٢٤٥) .

(٥) الخشاش : الخفاش . وقيل الخطاف بضم الخاء . انظر مختار الصحاح (ص ١٧٦) .

(٦) المهذب (ج ١ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩) والمغني (ج ٨ ص ٥٩٠-٥٩٣) والبدائع (ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٩) .

(٧) المغني (ج ٨ ص ٥٩٣) والمهذب (ج ١ ص ٢٤٩) .

الهدهد ليس من ذوات الخلب وهو غير مستخبث . وكذا الصرد ⁽¹⁾ وهو طائر أكبر من العصفور ضخيم الرأس وللمنقار يصيد صفار الحشرات وربما صاد العصفور . وكانوا يتشاءمون به ⁽²⁾ .

لحم الجلالة : الجلالة بتشديد اللام ، وهي التي أكثر أكلها العذرة سواء في ذلك البعير أو البقرة أو الشاة أو الديك أو الدجاجة أو نحو ذلك . أو هي التي تأكل القدر والنجاسات ⁽³⁾ فإذا كان أكثر علفها النجاسة كره لحمها ولبنها . وإن كان أكثر علفها الطاهر لم يكره . وقيل : يمكن تحديد ذلك بأن تكون النجاسة كثيرة في مأكول الجلالة ويعفى عن اليسير .

وجملة القول : أن لحم الجلالة مكروه أكله وليس حراماً ؛ لأنه ليس في لحمها أكثر من تغييره وهذا لا يوجب التحريم . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى كراهة لحم الجلالة ؛ لأنه يتولد من النجاسة فيكون نجساً . وعلى هذا إذا أطعمت الجلالة طعاماً طاهراً فطاب لحمها لم يكره ⁽⁴⁾ . ويستدل على ذلك بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها » ⁽⁵⁾ .

وكذلك أخرج أبو داود عن نافع عن ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة في الإبل : أن يركب عليها أو يشرب من ألبانها » ⁽⁶⁾ .

ومن الاستدلال بالنظر : أن الجلالة إذا كان الغالب من أكلها النجاسات فإنه يتغير لحمها وينتن فيكره أكله كالطعام المنتن ؛ وذلك كيلا يتأذى الناس بتنتها ⁽⁷⁾ .

على أنه يحل أكل الجلالة إذا حبست أياماً فعلقفت فحينئذ تحل . وثمة خلاف بين العلماء في مقدار المدة تحبس فيها . فقد قال أبو حنيفة : لا يوقت في حبسها ولكن يحبس حتى تطيب وهو قول الصاحبين أيضاً ، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها تحبس ثلاثة أيام حتى يزول ؛ لأن الحكم متعلق به . ولهذا قالوا (الحنفية) في جدي ارتضع بلبن خنزير حتى كبر : لا يكره أكله ؛ لأن لحمه لا يتغير ولا ينتن وهذا يدل على

(1) المفني (ج 8 ص 593) وأسهل المدارك (ج 2 ص 58) .

(2) انظر المعجم الوسيط (ج 1 ص 512) .

(3) للمهذب (ج 1 ص 250) والمفني (ج 8 ص 593) والبدائع (ج 5 ص 39) ومختار الصحاح (ص 107 ، 108) .

(4) للمهذب (ج 1 ص 50) ، والمفني (ج 8 ص 593) والبدائع (ج 5 ص 40) .

(5) (6) أبو داود (ج 3 ص 351) . (7) البدائع (ج 5 ص 40) .

أن الكراهة في الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ، وقالوا : الأفضل أن تحبس الدجاج حتى يذهب ما في بطنها من النجاسة ؛ لما روي أن رسول الله ﷺ كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله . وذلك على سبيل التنزه ، ولأن ما في جوفها من النجاسة يزول في هذه المدة ظاهراً وغالباً (١) .

وروي عن الإمام أحمد أن الجلالة تحبس ثلاثة أيام حتى تطهر سواء كانت طائراً أو بهيمة . وهو قول ابن عمر وأبي ثور . وثمة رواية أخرى عنه أنه تحبس الدجاجة ثلاثة أيام . والبعير والبقرة ونحوهما يحبس أربعين . وهذا قول عطاء ، وكذا الشافعية في الجملة (٢) .

ويستدل على ذلك بما أخرجه البيهقي عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة أن يؤكل لحمها ويشرب لبنها ولا يحمل عليها - أظنه قال : إلا آدم - ولا يركبها الناس حتى تملأ أربعين ليلة » (٣) .

وذهبت المالكية إلى إباحة كل ما تعمل فيه الذكاة من نعم وطير بجميع أنواعه ولو كان ذلك جلالة . وذلك لما أخرجه البيهقي عن زهدم قال : رأيت أبا موسى (رضي الله عنه) يأكل الدجاج فدعاني فقلت : إني رأيته يأكل نتناً قال : « أدنه ، فكل ، فإني رأيت النبي ﷺ يأكله » (٤) .

وكل ذلك ذهب الحسن البصري إلى الترخيص في لحوم الجلالة وألبانها ؛ لأن الحيوانات لا تنجس بأكل النجاسات بدليل أن شارب الحمر لا يحكم بنجيس أعضائه وكذلك الكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجساً . ولو نجس لما طهره الإسلام ولا الاغتسال ، ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس (٥) .

السقاية والتسميد بالنجاسة : ذهب أكثر العلماء إلى أنه لا يحرم الزرع المزبل وإن كثر الزبل في أصله ولا ما يسقى من الثمار والزرع ماء نجساً ، وهو قول الشافعية وبعض الحنابلة والظاهر من مذهب الحنفية والمالكية . ووجه قولهم : أن النجاسة تستحيل (تتحول) في باطن الأرض فتصير طاهرة بالاستحالة . وذلك كالدم يستحيل في أعضاء

(١) البدائع (ج ٥ ص ٦٠) .

(٢) المغني (ج ٨ ص ٥٩٤) والمهذب (ج ١ ص ٢٥٠) .

(٣) البيهقي (ج ٩ ص ٣٣٣) . (٤) البيهقي (ج ٩ ص ٣٣٣ ، ٣٣٤) .

(٥) المغني (ج ٨ ص ٥٩٣) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج ١ ص ٣٢٢) .

الحيوان لحماً ويصير لبناً . وقد ذكر عن سعد بن أبي وقاص أنه كان يدمل أرضه بالعره .
والعره عذرة الناس ⁽¹⁾ .

وذهبت الحنابلة في المشهور المعتمد من مذهبهم إلى أنه تحرم الزورع والثمار التي
سقيت بالنجاسات أو سمحت بها ؛ وذلك لما روي عن ابن عباس قال : كنا نكري
أراضي رسول الله ﷺ ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعره الناس ؛ لأنها تغذي
بالنجاسات تترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر ⁽²⁾ .

(1) المجموع (ج 9 ص 29) والبدائع (ج 5 ص 40) وبلغت السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 322)
والمغني (ج 8 ص 594) .
(2) المغني (ج 8 ص 594) .

قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالطَّيْحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ۖ ﴾ .

هذه جملة أشياء مما يحرم أكله نعرض لها في هذا التفصيل وهي :

الميتة : وهي ما فارقه الروح من الحيوان أو الطير بغير تذكية مما شرط علينا الشارع ذكاته لإباحته (1) .

الدم : والمحرم منه هو المسفوح لقوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا آيِدِي فِي مَا أَوْحَى إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ۖ ﴾ وقد تعرضنا لبيان ذلك في سورة البقرة . ومما يدل على أن المحرم من الدم ما كان مسفوحاً اتفاق المسلمين على إباحة الكبد والطحال فأباحهما وهما دمان . وفي هذا أخرج الدارقطني عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « أحل لنا من الدم دمان ومن الميتة ميتان ؛ من الميتة : الحوت والجراد ومن الدم : الكبد والطحال » (2) . وبذلك فإن دم الكبد والطحال مباح أكله ، وكذلك الحوت والجراد . على أنه يباح أكل الجراد بإجماع العلماء . ولا فرق في ذلك بين أن يموت الجراد بسبب أو بغير سبب في قول عامة أهل العلم ؛ وذلك لعموم الخبر « أحلت لنا ميتتان ودمان » (3) فالميتتان هما السمك والجراد . وجملة القول : إجماع الأمة على تحريم الميتة غير السمك والجراد ، وكذا إجماعهم على إباحة السمك والجراد . وأجمعوا كذلك على أنه لا يحل من الحيوان غير السمك والجراد إلا بذكاة أو ما في معنى الزكاة (4) .

لحم الخنزير : وقد تناول ذلك شحمه وعظمه وسائر أجزائه ؛ لأن الشحم المخالط للحم قد اقتضاه اللفظ ؛ لأن اسم اللحم قد تناوله وهو ما لا خلاف فيه وإنما ذكر اللحم ؛ لأنه معظم المنافع في الخنزير . وكذلك فإن تحريم الخنزير قد اقتضى تحريم سائر أجزائه كالميتة والدم (5) وقد تعرضنا لتفصيل ذلك سابقاً .

(1) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 296) والمجموع (ج 9 ص 72) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 322) .

(2) الدارقطني (ج 4 ص 272) .

(3) أخرجه البيهقي عن ابن عمر (ج 9 ص 257) .

(4) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 296) والمغني (ج 8 ص 572) والمجموع (ج 9 ص 72) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 296 ، 297) والمجموع (ج 9 ص 2) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 323) .

ما أهل لغير الله به : ظاهر ذلك يقتضي تحريم ما سمي عليه غير الله ؛ لأن الإهلال إظهار الذكر والتسمية وأصل ذلك استهلال الصبي إذا صاح عند الولادة ومنه إهلال المحرم فيتضمن ذلك تحريم ما سمي عليه غير اسم الله أيما كان كما لو سمي عليه الأوثان على ما كانت العرب تفعله . فيقتضي ذلك أنه لو قال عند الذبح : باسم زيد أو عمرو أن يكون المذبح غير مذكى وهو ما لا خلاف فيه ، وكذا لو ذبح النصراني وسمى على ذبيحته باسم المسيح لا يحل أكلها ؛ لأنه أهل (صاح) لغير الله به . والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم . فإن لم يعلم إن كان قد سمي أو لم يسم ، أو ذكر اسم غير الله أم لم يذكر فذبيحته حلال ؛ للخبر « سموا عليه وكلوه » ولأننا لا نقف على كل ذابح . وكذلك لو ترك التسمية عليه كلياً فإن ذلك موجب لتحريم المذبح . ووجه هذا : أنه لا فرق بين تسمية زيد أو عمرو على الذبيحة وترك التسمية كلياً (1) .

المنخقة : هي في الجملة التي تختنق فتموت . وروي عن الحسن وقتادة والسدي والضحاك أنها التي تختنق بحبل الصائد أو غيره فتموت ، وأيما حيوان مات خنقاً فإنه لا يحل أكله إلا بتذكيته قبل أن يموت (2) .

الموقوذة : هي التي تضرب حتى تموت . يقال : وقذه يقذه وقذاً وهو وقيد أي ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت . وقد روي عن ابن عباس والحسن وقتادة والضحاك والسدي أن الموقوذة المضروبة بالحشيش ونحوه حتى تموت . ويدخل في الموقوذة كل ما قتل منها على غير وجه الذكاة (3) .

على أن الوقذ بالمعراض من غير خرق أو جراحة لا يبيح الأكل فإذا ضرب بالمعراض فأصاب فخرق أو جرح حل أكله . أما إذا أصاب بعرضه فمات الحيوان فإنه لا يؤكل ؛ لأن هذه الموقوذة .

والمعراض : عود محدد وربما جعل في رأسه حديدة . قال الإمام أحمد : المعراض

(1) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 297) والمهذب (ج 1 ص 251) والمغني (ج 8 ص 581) وأسهل المدارك (ج 2 ص 54) .

(2) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 297) والنظم المستعذب ومعه المهذب (ج 1 ص 251) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 453) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 297) والنظم المستعذب ومعه المهذب (ج 1 ص 251) ولسان العرب (ج 3 ص 519) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 453) .

يشبه السهم يحذف به الصيد فرميا أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح وربما أصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذاً فلا يباح . وهو قول علي وعثمان وعمار وابن عباس . وبه قال جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية . وهو قول النخعي والحكم والثوري (1) . ودليلهم في ذلك من السنة ما أخرجه البيهقي عن عدي بن حاتم (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال : « ما أصبت بحده فكل ، وما أصبت بعرضه فهو وقيد » (2) .

وبذلك فإن ما أصابه الصياد بعرض آله من غير جراحة كانت هذه موقوذة وإن لم يقدر على ذكاته . وهذا دليل على أن شرط ذكاة الصيد الجراحة وإسالة الدم وإن لم يكن مقدوراً على ذبحه واستيفاء شروط الذكاة فيه . ويحتج لذلك بعموم قوله : ﴿ وَالْمَوْقُودَةُ ﴾ وهذا عام في المقدور على ذكاته وفي غيره مما لا يقدر على ذكاته (3) ، وكذا الصيد يرمى بحجر أو بندقة لا يحل أكله إذا مات ؛ لأنه وقيد . فقد أخرج البيهقي عن عبد الله بن مغفل المزني (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ « نهى عن الخدفة » وقال : « لا يصاد بها صيد ، ولا ينكأ بها عدو ، وإن الخدفة تكسر السن وتفقأ العين » (4) .

التردية : هي التي تتردى من علو إلى أسفل كالساقط من الجبل ونحوه . وقد روي عن ابن عباس والحسن والضحاك وقناة قالوا : هي الساقطة من رأس جبل أو في بحر فتموت (5) . وكذلك روي عن عبد الله بن مسعود قال : إذا رميت صيداً من على جبل فمات فلا تأكله ، فإنني أخشى أن يكون التردي هو الذي قتله ، وإذا رميت طيراً فوق وقع في ماء فمات فلا تطعمه ، فإنني أخشى أن يكون الغرق قتله (6) . ويستدل على ذلك بما أخرجه البيهقي كذلك عن عدي بن حاتم (رضي الله عنه) قال : سألت رسول الله ﷺ عن الصيد قال : « إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فإن وجدته قد قتل فكل ، وإن وجدته قد وقع في الماء فمات فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك ؛ فلا تأكل » (7) .

(1) المغني (ج 8 ص 558) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 297) والأنوار ومعه حاشية الكشيري (ج 2 ص 586) .
(2) البيهقي (ج 9 ص 249) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 297 ، 298) والمغني (ج 8 ص 569) والبدائع (ج 5 ص 44) والمهذب (ج 1 ص 253) والأنوار (ج 2 ص 586) . (4) البيهقي (ج 9 ص 248) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 298) والنظم المستعذب ومعه المهذب (ج 1 ص 251) وأسهل المدارك (ج 2 ص 53) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 453) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 49) .

(6 ، 7) أخرجه البيهقي (ج 9 ص 248) .

وكذلك المصبورة لا يحل أكلها . وهي التي تجرح وتجس حتى تموت ⁽¹⁾ ، وفي هذا أخرج البيهقي عن أنس (رضي الله عنه) قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تصبر البهائم » أي يصبر الطائر أو غيره من ذوات الروح حيًا ثم يرمى حتى يقتل . وأصل الصبر الحبس ⁽²⁾ .
الناطيحة : هي التي تنطحها صاحبها فتموت . وقد روي عن الحسن والضحاك وقتادة والسدي أنها المنطوحة حتى تموت . وقال بعضهم : هي الناطحة حتى تموت . وقيل : هو عليهما جميعًا فلا فرق بين أن تموت من نطحها لغيرها وبين موتها من نطح غيرها لها ⁽³⁾ .

وما أكل السبع : أي ما أكل منه السبع حتى يموت فحذف ، والعرب تسمي ما قتله السبع وأكل منه : أكيلة السبع ، ويسمون الباقي منه أيضًا أكيلة السبع . وقيل : « ما أكل السبع » مما أكل السبع فيأكل منه ويبقى بعضه وإنما هو فريسته . والمراد هو كل ما افترسه ذو ناب وأظفار من الحيوان كالأسد والنمر والذئب والضبع ونحو ذلك ⁽⁴⁾ .

على أن جميع ما تقدم ذكره في الآية بالنهي عنه قد أريد به الموت من ذلك ، وقد كان أهل الجاهلية يأكلون جميع ذلك ، فحرمه الله تعالى . وذلك يدل على أن سائر الأسباب التي يحدث عنها الموت للأنعام لا يحل معها أكلها (الأنعام) بعد أن لا يكون ذلك من فعل آدمي على وجه التذكية ، وعلى هذا فأما بهيمة أتى عليها سبب من أسباب الموت كالخنق أو الوقذ أو التردى أو النطح أو أكل السبع منها فماتت من ذلك لا يحل إلا إذا أدركت بالتذكية . ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ والاستثناء في الآية عائد إلى المذكور من عند قوله تعالى ﴿ وَالْمَنْحَقَّةُ ﴾ وقد روي ذلك عن علي وابن عباس والحسن وقتادة . وقالوا كلهم : إن أدركت ذكاته بأن توجد له عين تطرف أو ذنب يتحرك فأكله جائز . وبذلك لو أن سببًا أخذ قطعة من لحم البهيمة فأكلها أو تردت شاة من جبل ولم يشف بها ذلك على الموت فذكاها صاحبها ، فإن ذلك جائز مباح الأكل . وكذا النطيحة وما ذكر معها . فثبت بذلك أن الاستثناء في الآية را

(1) الأنوار (ج 2 ص 586) والبدائع (ج 5 ص 600) والمغني (ج 8 ص 576) .

(2) البيهقي (ج 9 ص 334) .

(3) المجموع (ج 9 ص 72) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 298) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص

وتفسير القرطبي (ج 6 ص 49) .

(4) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 299) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 453) وتفسير القرطبي (ج 6 ص

وتفسير البيضاوي (ص 40) .

إلى جميع المذكور من عند قوله ﴿وَالْمُنْحَنِفَةُ﴾ وإنما قوله : ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ هو استثناء منقطع بمنزلة قوله : لكن ما ذكيتم . وذلك كقوله تعالى : ﴿فَلَوْلَا كَانَتْ قَرْيَةٌ ءَامَنَتْ فَنَنَعِمَآ إِلَيْمَنْهَا إِلَّا قَوْمٌ يُّؤَسُّسُ﴾ ومعناه : لكن قوم يونس . وكذا قوله تعالى : ﴿طه﴾ مَا أُنزِلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لِتَشْقَى ﴿١﴾ إِلَّا نَذِيرٌ لِّمَن يَخْشَى﴾ ومعناه لكن تذكرة لمن يخشى (١) .

أما ذكاة هاتيك المذكورات فهي أن تدرك تذكيته قبل أن تموت فإن أدركت فقد حل أكلها . فقد قيل : إن كان الحيوان يعيش بعد إصابته اليوم ونحوه أو دونه فقد حل أكله بعد تذكيته . وإن كان لا يبقى إلا كبقاء المذبح لم يؤكل وإن ذبح . وحجة ذلك : أن عمر كانت به جراحة متلفة وصحت عهوده وأوامره . ولو قتله في ذلك الوقت قاتل كان عليه القود ، وعلى هذا إذا كان الحيوان يعيش بعد إصابته اليوم أو نحوه أو دونه فقد حل أكله إذا أدرك بتذكيته قبل أن يموت . ولو أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت ؛ لعموم الآية ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وكذا ما أخرجه البيهقي عن زيد بن ثابت (رضي الله عنه) أن ذئبا نيب في شاة فذكوها بمروة فرخص النبي ﷺ بأكلها (٢) .

وهذا يدل بعمومه على صحة ما ذكر ولأن النبي ﷺ لم يسأل ولم يستفصل (٣) ويؤيد ذلك أيضًا ما أخرجه البيهقي عن عائشة قالت : كانت لنا شاة أرادت أن تموت فذبحناها فقسمنها فجاء النبي ﷺ فقال : « يا عائشة ما فعل شاتكم ؟ » قالت : أرادت أن تموت فذبحناها فقسمنها ولم يبق عندنا منها إلا كتف . قال : « الشاة كلها لكم إلا الكتف » .

وقال الإمام أحمد في بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار الموت إلا أن فيها الروح ، فذبحت ، قال : إذا مصعت بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فأرجو إن شاء الله تعالى أن لا يكون بأكلها بأس . وهو قول أهل الظاهر (٤) .

والراجح من ذلك أن البهيمة إذا أتى عليها سبب من أسباب الإزهاق كالخنق والوقد والتردي واللطخ وأكل السبع وغير ذلك من أسباب الهلاك ، وقد بقيت فيها حياة مستقرة حل أكلها بعد تذكيته ؛ لأن الذكاة صادفتها وهي حية . وإذا لم يبق فيها حياة

(١) أحكام القرآن للجصاص (ج ٣ ص 299) وتفسير القرطبي (ج ٥ ص 50) وتفسير البيضاوي (ص 140) والمغني (ج ٨ ص 583) .

(٢) (3 ، البيهقي (ج 9 ص 250) .

(٤) المغني (ج 8 ص 583 ، 584) والمجلي (ج 7 ص 458) .

مستقرة إلا حركة مذبوح لم تحل ؛ لأنها صارت في حكم الميت قبل الذكاة . وهو قول الشافعية والحنابلة . وقالت به الحنفية في الجملة وكذا المالكية في الظاهر من مذهبهم ⁽¹⁾ ومذهب مالك : لا بد من استقرار الحياة مع عدم إنفاذ المقاتل فما أدرك بذكاة وهو مستقر الحياة وكان قبل إنفاذ مقتله أكل وإلا فلا يؤكل ولو ثبت له حياة مستقرة . والمقاتل هي : قطع النخاع ، ونثر الدماغ ، وفري الودج ، وثقب المصران ، ونثر الحشوة ، وفي شق الودج قولان ⁽²⁾ .

الذكاة وكيفيتها

الذكاة أو التذكية ، في اللغة : بمعنى الذبح . وتذكية النار أي رفعها . وذكت النار تذكو ذكواً وذكاً وذكاء إذا اشتعلت . واستذكت اشتد لهيبها ⁽³⁾ .

والذكاة في الشرع : إنهار الدم على وجه مخصوص من قطع الحلقوم والمريء وفري الأوداج في المذبوح أو المنحور ، والعقر في غير المقدور مقروناً بنية القصد لله وذكره عليه . وسميت الذكاة بذلك ؛ لأن بها يطيب الحيوان ؛ إذ لو خرجت روحه بغيرها كالتحق لتغير لحمه لوناً وطعماً ⁽⁴⁾ .

ينبغي القول أن المقدور عليه من الصيد والأنعام لا يباح أكله من غير تذكية وهو ما لا خلاف فيه .

أركان الذكاة

الذكاة المشروعة تفتقر إلى خمسة أركان نعرض لها في هذا البيان .

الركن الأول : الذكي

ويعتبر فيه ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون مسلماً أو كتابياً . فلا يحل من الحيوان ما يذبحه الوثني أو من كان غير ذي دين كالمجحد . وكذا المرتد والزنديق لا تحل ذبيحتهما من غير خلاف . وذلك لقوله تعالى :

(1) المغني (ج 8 ص 583 ، 584) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 299) ، وسنن البيهقي (ج 9 ص

249) وأسهل المدارك (ج 2 ص 53 ، 54) والمذهب (ج 1 ص 252) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 53 ، 54) .

(3) القاموس المحيط (ج 4 ص 332) ومختار الصحاح (ص 223) .

(4) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 459) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 53) والبناءة (ج 9 ص 6) .

﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ ﴾ وهؤلاء ليسوا من أهل الكتاب (1).

وكذلك المجوس فإنهم لا تحل ذبائحهم ؛ لأنهم ليسوا من أهل الكتاب . وذلك الذي عليه عامة أهل العلم ، خلافاً لأهل الظاهر . والدليل على أنهم ليسوا أهل كتاب قوله تعالى : ﴿ وَهَذَا كِتَابُنَا أَنْزَلْنَاهُ مُبَارَكٌ قَاتِبُهُ وَاتَّقُوا لَعْنَتَكُمْ فَرْتَحِمُونَ ﴾ (2) أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ﴿ (2) فَأُخْبِرَ تَعَالَى أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ طَائِفَتَانِ . فلو كان المجوس أهل كتاب لكانوا ثلاثة طوائف (3) .

وفي هذا أخرج الموطأ عن عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » (4) وقد صرح عمر بأنهم ليسوا أهل كتاب ولم يخالفه عبد الرحمن ولا غيره من الصحابة . ومن جهة أخرى فإنه لو كان المجوس من أهل الكتاب لما قال : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولقال : هم من أهل الكتاب (5) .

وجملة القول : لإجماع العلماء على تحريم صيد المجوس وذبيحته إلا ما لا ذكاة له كالسمك والجراد فقد أجمعوا على إباحته (6) . وقالت الظاهرية : لا يحل أكل ما ذكاه غير اليهودي والنصراني والمجوسي (7) .

الثاني : العقل . وهو أن يكون المذكي ذا عقل يعرف الذبح ليصح منه القصد . فإن كان لا يعقل كالطفل الذي لا يميز والمجنون والسكران لم يحل ذبحه ؛ لأنه لا يصح منه القصد فأشبه ما لو ضرب إنساناً بالسيف فقطع عنق شاة . أو كما لو استرسل الكلب بنفسه (8) .

الثالث : أن لا يكون المذكي محرماً ولا في الحرم . وبذلك لا تحل ذبيحة الحرم ولا صيده لا له ولا لغيره . وكذلك لو ذبح الحلال الصيد في الحرم لا يحل أكله (9) .

الركن الثاني : الآلة :

وهي ما يحصل بها الذبح ، وهي ثلاثة أنواع :

- (1) أسهل المدارك (ج 2 ص 54) والمهلب (ج 1 ص 251) والمفتي (ج 8 ص 573) وأحكام القرآن للجصاص (ج 2 ص 320) .
- (2) سورة الأنعام الآية (153 ، 156) .
- (3) أحكام القرآن للجصاص (ج 2 ص 326 ، 327) والمهلب (ج 1 ص 251) وأسهل المدارك (ج 2 ص 54) .
- (4) انظر شرح الموطأ للزرقاني (ج 1 ص 278) .
- (5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 327) .
- (6) المفتي (ج 8 ص 570) .
- (7) المحلى (ج 7 ص 456) .
- (8) المفتي (ج 8 ص 573) والبدائع (ج 5 ص 45) والأنوار (ج 2 ص 565) ومعه حاشية الخناج إبراهيم .
- (9) الأنوار (ج 2 ص 565 ، 566) والبنية (ج 9 ص 7) والمحلى (ج 7 ص 457) .

النوع الأول : ما كان محدداً وجارحاً بحيث يقطع المذبوح أو يخرقه بحدّه وليس بثقله . وذلك كالسيف والسكين والرمح والسهم سواء كان ذلك من الحديد أو الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الخشب المحدد الطرف . وكذا القصب أو الزجاج أو الحجر إن كان له حد ، فيجوز رمي الصيد والذبح بجميع ذلك ونحوه مما له حد ينهر الدم ، أي يسيله . وذلك ما لا خلاف فيه ⁽¹⁾ . وفي هذا أخرج الترمذي عن جابر بن عبد الله أن رجلاً من قومه صاد أرنباً أو اثنين فذبحهما بمروة (حجر أبيض براق) فتعلقهما حتى لقي رسول الله ﷺ فسأله فأمره بأكلهما ⁽²⁾ . أما الذبح بالظفر والسن وسائر العظام فهو موضع خلاف ؛ فقد ذهبت الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أنه لا يجوز الذبح بالسن والظفر وغيرهما من العظام . وبهذا قال إسحق وأبو ثور وعمرو بن دينار ⁽³⁾ .

واستدلوا على ذلك من السنة بما أخرجه البيهقي عن رافع بن خديج (رضي الله عنه) قال : قلت : يا رسول الله ! إنا لاقوا العدو غداً وليست معنا مدى أنذكي بالليط ⁽⁴⁾ ؟ فقال النبي ﷺ : « ما أنهر الدم وذكر عليه اسم الله فكلوا إلا ما كان من سن أو ظفر . فإن السن عظم من الإنسان والظفر مدى الحبش » ⁽⁵⁾ .

وذهبت الحنفية والمالكية إلى جواز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان ذلك منزوعاً . وعلى هذا لو ذبح الرجل الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم منزوعة فنهر الدم وفري الأوداج حل أكله . وثمة قول في مذهب الحنفية بكرهية الذبح بذلك وإن فعل فلا بأس ⁽⁶⁾ ، واستدلوا على ذلك بكل من السنة والمعقول . أما السنة ، فمنها ما أخرجه النسائي عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال : « أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه » ⁽⁷⁾ .

وفي رواية أخرى لعدي بن حاتم قال : قلت : يا رسول الله ! إنا نصيد الصيد فلا نجد سكيناً إلا الظرار ⁽⁸⁾ وشقة العصا . فقال : « أمر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه » ⁽⁹⁾ .

(1) الأنوار (ج 2 ص 567) والمغني (ج 8 ص 574) والنباية (ج 9 ص 45) وبلغة السالك (ج 1 ص 313) .

(2) الترمذي (ج 4 ص 70) .

(3) المغني (ج 8 ص 574) والأنوار (ج 2 ص 567) وأسهل المدارك (ج 2 ص 55) وبلغة السالك (ج 1 ص 313) .

(4) الليطلة : قشرة القصب . انظر مختار الصحاح ص 611 . (5) البيهقي (ج 9 ص 247) .

(6) البدائع ج 5 ص 42 والنباية ج 9 ص 45 وأسهل المنترك ج 2 ص 55 ، 36 وبلغة السالك على شرح

الدردير ج 1 ص 313 ونيل الأوطار ج 8 ص 146 . (7) أنظر الجامع الصغير للسيوطي ج 1 ص 422 .

(8) الظرار : جمع ومفرده الظر . وهو الحجر المنحصر له حد كحد السكين . انظر المعجم الوسيط (ج 2 ص 575) .

(9) نيل الأوطار (ج 8 ص 144) . والخبر رواه الخمسة إلا الترمذي .

أما المعقول فهو أنه لما قطع الأوداج فقد وجد الذبيح بهما (الظفر والسن) فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب .

أما ما استدل به المخالفون فقد تأولوا الخبر بأن المراد : السن القائم لا المتزوع وكذا الظفر القائم ؛ لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لإظهار الجلادة ويتحقق ذلك بالقائم وليس بالمتزوع ، والدليل عليه أنه روي في بعض الروايات إلا ما كان قرصاً بسن أو جزءاً بظفر . والقرص إنما يكون بالسن القائم . وأما الآلة التي تفسخ فهما لظفر القائم والسن القائم ، وهما لا يجوز الذبيح بهما بالإجماع ولو ذبح بهما كان ميتة ؛ لمخبر المروي أنفاً ؛ ولأن الظفر أو السن إذا لم يكن منفصلاً فالذبايح يعتمد على الذبيح فيختنق فلا يحل أكله ⁽¹⁾ .

النوع الثاني : ما كان مثقلاً . فإذا أثرت الآلة في الحيوان بثقلها ضغطاً أو دقاً أو خنقاً حرم أكل الذبيحة ، فإنه لا بد من الجرح . وعلى هذا يحرم الطير إذا مات ببندقة ⁽²⁾ وماء بها الصياد وكذا الدبوس أو نحو ذلك مما ليس له حد فإن ذلك لا تحل به الذبيحة سواء شددت أو لم تشدد حتى لو قطع حلقوم طائر أو مرقه أو أطارت رأسه لم يحل . وكذا ما لو فعل ذلك بحجر غير محدد ؛ لأن ذلك وقد ولا تؤكل الموقودة .

على أن الكلام في البندق المعتاد قديماً وهو ما يصنع من الطين . أما البندق المعتاد الآن وهو ما يصنع من الحديد ويرمى بالنار فقد ذهبت الشافعية إلى تحريمه مطلقاً ؛ لأنه محرق مذفف سريعاً غالباً ⁽³⁾ .

ونحسب أن ذلك في المقدور عليه من الحيوان صحيح . أما غير المقدور عليه فإن ضربه بالبندق المعتاد في زماننا هذا جائز ويحل أكله ؛ لأن الرصاص المحشو في البندقية والمستعمل للضرب له حد يخرق ويجرح فيحل به الصيد ، لما فيه من إنهار للدم والإجهاز على الحيوان بسرعة . وقال بذلك بعض أهل العلم من المتأخرين ⁽⁴⁾ .

وكذلك الصيد إذا وقع في البئر المحفورة له ومات بالانصدام أو انخنق بالأحبولة المنصوبة التي تشد للصيد أو كان رأس الحبل بيد الصياد فجرح ومات به الصيد فإنه لا يؤكل ، وكذلك ما لو مات الصيد بثقل السيف أو بسهم ليس له نصل ولا حد أو مات

(1) البدائع (ج 5 ص 42) .

(2) البندقة : كرة في حجم حبة البندق يرمى بها في القتال والصيد . والجمع البنادق . انظر المعجم الوسيط

(ج 1 ص 71) ومختار الصحاح ص 65 . (3) الأنوار (ج 2 ص 569) .

(4) أسهل المدارك (ج 2 ص 48) .

بعرض السهم فإنه لا يؤكل ، لأن ذلك قتل بالمعراض وهو وقد ولا تؤكل الموقوذة . وكذلك ما لو مات الصيد بدواء مهلك أو ذبح بحديد أو سكين كال لا يقطع فإن القطع يحصل بقوة الذابح وشدة الاعتماد على نفسه وليس بالآلة فإنه لا يؤكل . وكذا المقتول بالسوط والعصا موقوذ محرم أكله . أما لو مات بضبط الكلب من غير جرح فإنه يحل ؛ لأنه مات بمبيح وهو كلب الصيد (المعلم) . وهو قول الشافعية والحنابلة ، والظاهر من قول المالكية وبه قالت الحنفية في الجملة إلا في السكين الكال فإنه يجوز الذبح بها ؛ إذ قالوا : الآلة على ضربين : آلة تقطع وآلة تفسخ . والتي تقطع نوعان : حادة وكليلة . أما الحادة فيجوز الذبح بها حديثاً كانت أو غير حديث (1) .

وأما الكليلة فإن كانت تقطع يجوز بها : لحصول معنى الذبح ، لكن ذلك مكروه لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة إليها . ولهذا أمر رسول الله ﷺ بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة (2) .

فقد أخرج مسلم والنسائي وابن ماجه وأحمد عن شداد بن أوس عن رسول الله ﷺ قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » (3) .

النوع الثالث : ما كان بجوارح السباع . وذلك كالكلب والفهد والنمر والصقر والبازي والشاهين والعقاب وغير ذلك من جوارح السباع والطيور . فما أخذته واحدة من هذه الجوارح وجرحته ثم أدركه صاحبها ميتاً أو في حركة المذبوح فقد حل أكله شريطة أن تكون الجارحة معلمة ، فإذا لم تكن معلمة وأخذت الصيد ميتاً أو فيه حركة المذبوح لم يحل . أما إذا أدركه صاحب الجارحة وفيه حياة مستقرة فلا بد من ذبحه لتحصل تذكيتة . على أن الجارح يشترط في إباحة صيده جملة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الجارح معلماً ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُمْ بَنِىَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُؤَلِّيهِمْ لِمَا عَمِلْتُمْ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا آتَاكُمْ عَلَيْهِمْ ﴾ على أنه يعتبر في تعليم الجارح ثلاثة شروط :

أولها : أن ينزجر بزجر صاحبه له في الابتداء وكذا إذا انطلق واشتد عدوه .

(1) الأنوار ومعه حاشية الكمثرى (ج 2 ص 567 ، 568) والمغني (ج 8 ص 569 ، 570) والبدائع (ج 5 ص 42) ولفظ السالك على شرح الدرر (ج 1 ص 313) .

(2) البدائع (ج 5 ص 42) . (3) نيل الأوطار (ج 8 ص 147) .

ثانيها : أن يسترسل إذا أرسله أو أشار إليه بذلك . أي إذا أغراه بالصيد هاج .
ثالثها : إذا أمسك لم يخله ولم يأكله ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلماً عرفاً ، على الخلاف في مرات ذلك .

الشرط الثاني : أن يكون الصائد من أهل الذكاة وهو أن يكون مسلماً أو كتابياً . فإن كان وثيقاً أو مرتدّاً أو مجوسياً أو كان من غير المسلمين وأهل الكتاب كما لو كان زنديقاً أو دهرجياً أو ملحداً أو كان مجنوناً أو صبيّاً غير مميز لم يبح صيده ؛ وذلك لأن الاصطياد أقيم مقام الذكاة ، والجارح آلة كالسكين وعقره للحيون بمنزلة فري الأوداج .

الشرط الثالث : أن يرسل الصياد جارحته على الصيد فيكون الصياد بذلك هو المرسل . أما إذا استرسلت الجارحة بنفسها على الصيد فقتلته لم يبح . وذلك الذي عليه عامة العلماء فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية . وبه قال ربيعة وأبو ثور وعطاء والأوزاعي ⁽¹⁾ ويستدل على ذلك بما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل ؛ فإنني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » ⁽²⁾ .

الشرط الرابع : أن لا يؤكل من الصيد ، فإن أكل الجارح منه لم يبح أكله .

وهو قول الحنفية ، والحنابلة في أحد القولين لهم وهو المشهور في المذهب ، وكذا الشافعية في أحد القولين لهم وهو أصحهما . وقد روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وبه قال عطاء وطاووس والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة وإسحق وأبو ثور . وبه قال أهل الظاهر ⁽³⁾ .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلابك المعلمة ، وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك ، إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل ، فإنني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » ⁽⁴⁾ .

(1) المغني (ج 8 ص 539-542) والأنوار (ج 2 ص 569) وأسهل المبارك (ج 2 ص 46) والبذائع (ج 5 ص 52-54) ونيل الأوطار (ج 8 ص 139) والبنية (ج 9 ص 578) ، بلغه السالك (ج 1 ص 316-318) ،
(2) نيل الأوطار (ج 8 ص 138) .

(3) المغني (ج 8 ص 543) والبنية (ج 9 ص 590 ، 591) والمجموع (ج 9 ص 105) والخطي (ج 7 ص 467) .

(4) نيل الأوطار (ج 8 ص 138) .

وذهب آخرون إلى إباحة أكله . وهو قول المالكية . وكذا الشافعية والحنابلة في القول الثاني لكل منهم . وهو مروي عن سعد بن أبي وقاص وسلمان وأبي هريرة وابن عمر ⁽¹⁾ . واستدلوا على ذلك بعموم قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ فهو يدل بعمومه على إباحة الأكل مما أمسكه الجارح سواء أكل منه أو لم يأكل .

واستدلوا أيضاً من السنة بما أخرجه أبو داود عن أبي ثعلبة قال : قال لي رسول الله ﷺ في صيد الكلب : « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله ، فكل وإن أكل منه ، وكل ما ردت عليك يدك » ⁽²⁾ .

والظاهر صواب القول الأول وهو التحريم ؛ وذلك لقوة الدليل في ذلك وهو خبر الشيخين يؤيده ما أخرجه أحمد عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أرسلت الكلب فأكل من الصيد فلا تأكل ، فإنما أمسكه على نفسه ، فإذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل ، فإنما أمسكه على صاحبه » ⁽³⁾ .

أما لو شرب دمه أو لعقه ولم يأكل من لحمه لم يحرم وهو قول أكثر العلماء . ووجه ذلك : أن الدم لا يقصده الصائد من الصيد ولا ينتفع به فلا يخرج بشره عن كونه ممسكاً على الصائد . وقد كرهه الشعبي والثوري ؛ لأنه في معنى الأكل ⁽⁴⁾ .

الشرط الخامس : أن يدمي الجارح الصيد أو يجرحه . . وذلك بنابه أو ظفره أو مخليه في عضو من أعضائه أي كان . أما لو مات بغير جرح فلا يحل ، وذلك كما لو صدمه بثقله أو خنقه فمات فإنه لا يحل أكله . وهو قول أكثر العلماء . ووجه ذلك : أن قتله بغير جرح أشبه بقتله بالحجر والبندق ، وذلك وقد حرم الله الموقودة .

وكذلك الخبر « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً . وسأحدثكم عن ذلك : أما السن فعظم ، وأما الظفر فمدى الحبشة » ⁽⁵⁾ وهذا يدل على أنه لا يباح ما لم ينهر الدم ⁽⁶⁾ .

وذهب أهل الظاهر إلى إباحة الصيد كيفما كانت طريقة قتله ، سواء قتله بجرح أو

(1) المغني (ج 8 ص 543 ، 544) وأسهل المدارك (ج 2 ص 46) والمجموع (ج 9 ص 104 ، 105) .

(2) (3 ، 2) نيل الأوطار (ج 8 ص 138) .

(4) المغني (ج 8 ص 544) والأنوار (ج 2 ص 569) والنباية (ج 9 ص 590) والمجلى (ج 7 ص 474) .

(5) رواه الجماعة . انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 146 ، 147) .

(6) المغني (ج 8 ص 545) وبلغة السالك على شرح الرردير (ج 1 ص 316) والنباية (ج 9 ص 602) .

يرض أو بصدم أو بختق ، فإن كل ذلك حلال ⁽¹⁾ .

وذهبت الشافعية في أصح القولين لهم إلى أنه إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بقتله وصدمته فهو حلال . وفي قولهم الثاني : لا يحل ⁽²⁾ .

الشرط السادس : أن يرسل الحيوان المعلم على الصيد . فإذا استرسل من غير إرسال فقتل صيداً فلا يباح أكله . وكذا لو أرسله وهو لا يرى شيئاً ولا يحس به ، فأصاب المعلم صيداً لم يباح أكله . وقد ذهب إلى ذلك عامة أهل العلم . ووجه ذلك : أن صاحب المعلم لم يرسله على الصيد وإنما استرسل بنفسه . ويشبه ذلك ما لو رمى سهماً إلى غرض فاصاب صيداً ، أو رمى به إلى فوق رأسه فوقع على صيد فقتله لم يباح أكله ؛ لأنه لم يقصد برميه عيئاً . فكان كمن نصب سكيناً فاندبحت بها شاة ⁽³⁾ .

الركن الثالث : الذبيح :

وهو كل حيوان مأكول لا تحل ميتته فيه حياة مستقرة . وفي ذلك جملة قيود هي :
القيد الأول : أن يكون المراد تذكيته حيواناً . فلا مسأغ للذبيح في غير الحيوان .
القيد الثاني : أن يكون الحيوان مأكولاً فلا يحل ذبح البغل أو الحمار وشبههما ؛ لأن ذبحهما كموتهما وبذلك فإن ذبحهما غير معتبر .

القيد الثالث : أن لا يكون مما تحل ميتته . فالسمك والجراد وما في معناهما تحل ميتته ولا يحتاج إلى الذبيح .

القيد الرابع : أن تكون الحياة مستقرة في الحيوان عند الابتداء بالتذكية . وتعرف الحياة المستقرة بعلامات وقرائن تدل عليها كالحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء ، وكذا جريان الدم ، والراجع حل الحيوان بالحركة الشديدة وحدها . وقيل : الحياة المستقرة ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين بأن يشق جوف الحيوان وتظهر أمعاؤه ولم تنفصل فإذا ذكبت حيثئذ حلت .

إذا ثبت هذا فإن الحيوان المقدور عليه لا يحل إلا بالذبيح . وهو قطع الحلقوم والمريء

(1) الخليلي (ج 7 ص 467) . (2) المجموع (ج 9 ص 102 ، 103) .

(3) المغني (ج 8 ص 545) والمجموع (ج 9 ص 103) وبلغة السالك (ج 1 ص 316) والبدائع (ج 5 ص 58) والخللي (ج 7 ص 467) .

والودجين . أما الحيوان الوحشي المستأنس أو المظفور به والمتوحش فجميع أجزائه مذبوح (موضع للذبح) ما دام على توحشه . فإذا رمى المذكي إليه سهماً أو أرسل إليه جارحة فأصاب شيئاً من بدنه ومات حل أكله . وكذا الإنسي إذا توحش ، كما إذا ند بعير (فر شارداً) أو شردت شاة ، فإنه يحل برميهِ في المذبوح وغيره من أعضاء بدنه ، وكذلك بإرسال الجارحة عليه . ولو تردى بعير في بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالنادر (النافر شارداً) ؛ إذ يحل بالرمي إلى مذبحه أو أي عضو فيه .

على أنه لا يكفي في التوحش مجرد الإفلات ، بل إنه إذا تيسر للقوق به عدواً أو أمكن الاستعانة عليه بمن يستقبله فيمسك به ، فليس ذلك ندوداً ولا شارداً . ولو تحقق الندود أو الشراد وحصل المعجز في الحال كان حكمه كالصيد .

ولو أرسل السلاح أو كلبه المعلم إلى صيد فأصابه ثم أدركه حيّاً ولم يبق فيه حياة بأن قطع حلقومه أو مريته أو أجافه جائفة وخرجت أمعاؤه (أبان حشوته) فقد حل أكله ؛ لأن الجرح المفيد للحل في النادر والمتردى ونحوهما أن يقضي إلى الزهوق ، وإن لم يكن مدققاً ⁽¹⁾ . ومع ذلك فإنه يندب إمرار السكين على حلقه ⁽²⁾ .

وجملة القول . تحقق الحياة المستقرة في الحيوان ليحل أكله بتذكيته ؛ فإذا لم تكن فيه حياة مستقرة ، بل حركة مذبوح فلا يحل بالتذكية وهو القول الراجح من أقوال العلماء . وذلك في الحيوان المقدور عليه . أما غير المقدور عليه كالوحشي المستأنس أو المتوحش ، فإن تذكيته . بجرحه في أي موضع من بدنه ؛ لأن الذبح إذا لم يكن مقدوراً . ولا بد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطهير اللحم وهو الدم المسفوح - فإنه يقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح ؛ وذلك للعذر والضرورة . وقد ذهب إلى ذلك أكثر العلماء فيهم الخنفية والشافعية والحنابلة وهو قول المالكية في الجملة . وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة (رضي الله عنهم) أجمعين . وبه قال مسروق والحسن وعطاء وطاوس وإسحق والشعبي والحكم وحمام والثوري وأبو ثور ⁽³⁾ .

(1) المذلف : الجهر . ذف على الجريح ذفاً وذفاقاً إذا أجهز عليه . وذف في الأمر : إذا أسرع . انظر القاموس المحيط (ج 3 ص 146 ، 147) .

(2) الأنوار (ج 2 ص 566) والمجموع (ج 9 ص 89) والمغني (ج 8 ص 566 ، 584) .

(3) الأنوار (ج 2 ص 566) والبدائع (ج 5 ص 43) وأسهل المدارك (ج 2 ص 45-47) ونيل الأوطار (ج 8 ص 149) والمغني (ج 8 ص 566) .

ودليلهم في ذلك حديث رافع بن خديج إذ قال : كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فندّ (نفر شاردًا) بعير من إبل القوم ولم يكن معهم خيل ، فرماه رجل بسهم ، فحبسه فقال رسول الله ﷺ : « إن لهذه البهائم أوابد ⁽¹⁾ كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا » ⁽²⁾ .

وقد روي عن مالك والليث وسعيد بن المسيب وربيعة أنه لا يحل أكل ما توحش إلا بتذكيته في حلقه أو لبته ⁽³⁾ . ويحتج لذلك بأن الحيوان الإنسي إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الأهلي مباحًا إذا توحش ⁽⁴⁾ وهو احتجاج لا يعارض به ما استند إليه الجمهور ، وهو حديث رافع بن خديج .

وعلى هذا لو بقيت في الحيوان حياة مستقرة وتعد ذبحه ولم يكن ثمة تقصير من الصيد أو صاحب الآلة ، كما لو اشتغل بسل السكين فمات قبل الذبح ، أو امتنع ببقية قوة فيه أو لم يكن من الزمان ما يمكن الذبح فيه أو وقع الصيد منكبًا واحتاج الصيد إلى قلبه فمات فقد حل أكله . أما إذا لم يكن ثمة عذر وتركه حتى مات أو لم يكن معه مدية (شفرة أو سكين) أو آلة يذبح بها أو سقطت منه أو ضاعت أو غصبت منه أو تشبثت في الغمد حتى مات الحيوان لم يحل أكله كما في الحيوانات الإنسية تموت من غير تذكية فلا تؤكل . وكذلك ما لو تردى بعير من شاهق فلم يذبحه حتى مات لا يؤكل .

على أنه لا يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابته آلة الصيد كالسهم أو الكلب ؛ بل إنه يكفي بالمشي عادة كمشي الساعي إلى الجمعة ولو أسرع قليلًا فحسن . ولو رمى إلى صيد فقد نصفين حل الكل . أما لو أبان منه عضوًا بسيف أو غيره فإن كان ذلك بجراحة مدفقة فإنه يحل أكله كذلك . وإن كان بجراحة غير مدفقة وأدركه وذبحه أو جرحه جرحًا آخر مدفقًا كان العضو حرًا والبدن حلالًا . وهو قول الشافعية والحنابلة . وكذا الحنفية في الجملة ⁽⁵⁾ إذ خالفوا في قطع الصيد قطعتين ، فقالوا : لو ضرب صيدًا بسيف فقطعه نصفين فإنه يؤكل النصفان . وقال به إبراهيم النخعي . ووجه ذلك

(1) أرابد : جمع ومفرده أبدة ، وهي الأمر العجيب يستغرب له . وأوابد الكلام غرائبه وعجائبه وأوابد الوحش التي توحشت ونفرت من الإنس . انظر المعجم الوسيط (ج 1 ص 2) .

(2) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 149) .

(3) اللبّة : بوزن الحبة : المنحر . انظر مختار الصحاح ص 589 .

(4) نيل الأوطار (ج 8 ص 150) والمغني (ج 8 ص 566) وأسهل المدارك (ج 2 ص 54) .

(5) الأنوار (ج 2 ص 567) والمغني (ج 8 ص 556-558) والبدائع (ج 5 ص 44 ، 45) .

حصول قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ ، فأشبه الذبيح فيؤكل الكل . أما إن قطع أقل من النصف فمات الحيوان ، فإن كان المقطوع مما يلي العجز فلا يؤكل (المبان) ⁽¹⁾ وذلك لما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « ما قطع من بهيمة وهي حية ، فما قطع منها فهو ميتة » ⁽²⁾ .

وكذلك أخرجه الترمذي وأحمد عن أبي واقد الليثي قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة وبها ناس يعمدون إلى أليات الغنم وأسنة الإبل يجبونها فقال : « ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » ⁽³⁾ .

ووجه قول الشافعية والحنابلة أن المقطوع جزء لا تبقى الحياة مع فقدته فأبيح ، كما لو تساوت القطعتان . وروي مثل ذلك عن عكرمة والنخعي وقائدة ⁽⁴⁾ .

الركن الرابع : الذبيح .

وهو قطع الخلقوم والمريء والودجين جميعاً أو دون ذلك ، وذلك في المقدور عليه من حيوان فيه حياة مستقرة على الخلاف في ذلك . فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجزي قطع الخلقوم والمريء ليحصل الذبيح ، وتصح التذكية المشروعة ، ووجه قولهم : أن الخلقوم مجرى النفس ، والمريء مجرى الطعام والشراب ، ومع ذلك فإن قطع الودجين فضلاً عن الخلقوم والمريء أكمل . فالودجان عرقان محيطان بالخلقوم ، وقطع الأعضاء الأربعة أسرع لخروج روح الحيوان ، فيخف عليه ، وكذلك يتحقق الخروج من الخلاف ⁽⁵⁾ على ما نبينه في الفقرات التالية .

فقد ذهب المالكية وأحمد في رواية عنه إلى وجوب قطع الأعضاء الأربعة وهي الخلقوم والمريء والودجان ولا يجزي أقل من ذلك . حتى لو رفع الذابح يده أو المديته قبل تمام التذكية ، ثم أعادها ، فأثمها لم تؤكل الذبيحة على المشهور في المذهب ، وهذا إذا تراخى المذكى ، أما إذا أعاد بلا مهلة فإنها تؤكل سواء ، رفع مديته اختياراً أو اضطراراً ، ويقدر الطول بالعرف ⁽⁶⁾ .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه أبو داود عن ابن عباس وأبي هريرة قالوا : « نهى رسول

(1) البدائع (ج 5 ص 45) . (2) (3) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 151) .

(4) المغني (ج 8 ص 556 ، 557) والأنوار (ج 2 ص 567) .

(5) المغني (ج 8 ص 575) والأنوار (ج 2 ص 570) .

(6) أسهل المدارك (ج 2 ص 51) والمغني (ج 8 ص 575) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 312) .

اللَّهُ ﷻ عن شريطة الشيطان ، وهي التي تذبح فيقطع الجلد ولا تفرى الأوداج » (1) .
وشريطة الشيطان قيل : هي الذبيحة التي لا يقطع أوداجها ولا يستقصى ذبحها . فقد
كان أهل الجاهلية يقطعون بعض حلقها ويتركونها حتى تموت . وإنما أضافها إلى
الشيطان ؛ لأنه هو الذي حملهم على ذلك وحسن هذا الفعل لديهم وسوله لهم (2) .

أما الحنفية فثمة خلاف بينهم في المذهب في المسألة . فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى
أنه إذا قطع أكثر الأوداج وهو ثلاثة أعضاء من أربعة ، أي ثلاثة كانت ، وترك واحداً
صحت التذكية وحل له الذبيح .

ووجه قوله : أن المقصود من الذبيح إزالة المحرم وهو الدم المسفوح ، ولا يحصل ذلك
إلا بقطع الودج (3) .

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يحل الذبيح حتى يقطع الخلقوم والمريء وأحد الودجين .
ووجه قوله : أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر ؛ لأن الخلقوم
مجري النفس ، والمريء مجري الطعام ، والودجين مجري الدم فإذا قطع أحد الودجين
حصل بقطعه المقصود منهما ، وإذا ترك الخلقوم لم يحصل بقطعه ما سواه المقصود منه (4) .

وذهب الإمام محمد إلى أنه لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الأربعة أكثره .
ووجه قوله أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد من الأربعة فقد حصل المقصود بالذبيح ،
وهو خروج الدم ؛ لأنه يخرج ما يخرج بقطع الكل (5) .

وذهب أهل الظاهر إلى صحة التذكية بمطلق القطع . يستوي في ذلك ما لو قطع
الأعضاء الأربعة كلها أو بعضها ، ما دام في القطع ما يفضي إلى التدفيع (سرعة
الموت) قال ابن حزم في هذا الشأن : وإكمال الذبيح هو أن يقطع الودجان والخلقوم
والمريء . وهذا ما لا خلاف فيه . فإن قطع البعض من هذه الأرباب المذكورة فأسرع
الموت كما يسرع من قطع جميعها فأكلها حلال . فإن لم يسرع الموت فليعد القطع ولا
يضره ذلك شيئاً ، وأكله حلال (6) .

(1) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 148) .

(2) نيل الأوطار (ج 8 ص 149) .

(3) البدائع (ج 5 ص 41) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 493 ، 494) .

(4) البدائع (ج 5 ص 40 ، 41) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 494) .

(5) البدائع (ج 5 ص 40 ، 41) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 495) .

(6) المحلى (ج 7 ص 438) .

ضوابط الذبح

ثمة ضوابط للذبح يجب تقييده بها ؛ لتأتي الذكاة صحيحة . وذلكم تفصيل هذه الضوابط :

الضابط الأول : التذيف . وهو الإجهاز على الحيوان لسرعة موته . فإن كان الحيوان مقدوراً عليه فلا يجزي لتذكيته بالجرح المزهق بل بتذكيته من حيث يذبح ، وذلك في الحلق ما بين اللبة واللحين . واللبة يراد بها المنحر وهو الحلق أو الحلقوم أما اللحيان فهما مشى اللحي وهو منبت اللحية من الإنسان وغيره . وفي ذلك أخرج البيهقي عن ابن عباس وعمر بن الخطاب مرفوعاً : « الذكاة في الحلق واللبة » (1) .

الضابط الثاني : القصد . وهو أن يكون الحيوان مقصوداً بالذكاة وذلك أن يقصد المذكي أصل الفعل الجارح لحصول الذكاة ، فلو كان في يده سكين فسقط وانجرح به حيوان أو صيد ومات ، أو نصب سكيناً ، أو كانت السكين في يده فاحتكت بها شاة وانقطع حلقومها ، أو وقعت على حلق شاة وقطعته ، فلا يحل أكلها . وكذلك لو حرك السكين ذابحاً وحكت الشاة حلقها بها لم يحل أكلها ؛ لأن الموت حصل بالحركتين ولذلك يجب ضبط الحيوان المقصود للذكاة كيلا يتحرك . وكذلك لو كان على جبل سيف فألقته الريح على صيد فقتله ، فإنه لا يحل أكله ، وذلك لانقطاع حكم الرمي بانتفاء القصد فصارت الإصابة بغير فعل المذكي (الرامي) وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع السهم فأصاب صيداً ، فإنه لا يحل أكله ؛ لانقطاع حكم الرمي ؛ إذ لم يقصد الاصطياد . وقد ذهب إلى ذلك أكثر العلماء فيهم الحنفية والشافعية والحنابلة ، وهو قول المالكية في الجملة . وهو قول الثوري وقتادة (2) .

الضابط الثالث : قطع الحلقوم والمريء أو أكثر على الخلاف ، وذلك في المقدور عليه . وقد بينا ذلك سابقاً . فلو قطع غير ذلك من المقدور عليه لم يحل أكله ؛ وذلك لأن الحلقوم مجرى النفس ، والمريء مجرى الطعام ، والودجين يجري فيهما الدم .

الضابط الرابع : قطع تمام الحلقوم والمريء أو أكثر من ذلك من الودجين أحدهما أو

(1) البيهقي (ج 9 ص 278) .

(2) الأنوار (ج 2 ص 570 ، 572 ، 573) والمنني (ج 8 ص 552 ، 553) والبدائع (ج 5 ص 55 ، 56)

وأسهل المدارك (ج 2 ص 46) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 316) .

كلاهما على الخلاف . فلو ترك شيئاً من هذه الأعضاء وإن قل ومات الحيوان أو انتهى إلى حركة المذبوح ، ثم قطع الباقي فلا يحل أكله (الحيوان) ؛ وذلك لصيرورة الحيوان في حكم الميت قبل تحقق شرط التذكية وهو قطع الحلقوم والمريء أو أكثر على الخلاف في ذلك . وكذلك لو أمر السكين ملتصقاً باللحيتين فوق الحلقوم والمريء وأبان الرأس حرم أكله ؛ لانعدام الشرط وهو قطع الحلقوم والمريء أو أكثر منهما على الخلاف . وكذلك :

ذبح الحيوان من قفاه : وهو موضع خلاف بين العلماء ؛ فقد ذهب الشافعية إلى أنه إذا ذبح الحيوان من قفاه فإنه ينظر ، إن وصل السكين إلى الحلقوم والمريء وفيه حياة مستقرة حل أكله ؛ وذلك لوجود التذكية حال الحياة ؛ إذ الحياة المستقرة معتبرة لتحقيق الحياة . والحكم في ذلك كما لو قطع يداً من الحيوان ثم ذكاه ، فإنه يحل أكله لحصول الذكاة حال الحياة . أما إذا انتهى الحيوان إلى حركة المذبوح حين انتهى القطع إلى المريء ، أو شك في ذلك ؛ فهو ميتة لا يحل أكله ، ولا ينفع بعد ذلك قطع الحلقوم والمريء . وكذلك فإن القطع من صفحة العنق كالقطع من القفا من حيث الحكم ⁽¹⁾ .

وقالت الحنفية : إذا ضرب الحيوان من القفا فإنه ينظر إذا مات الحيوان قبل قطع العروق - الحلقوم والمريء والودجين على الخلاف فيما تتحقق به الذكاة - وذلك بأن يضرب على الثاني والتوقف فإنه لا يؤكل ؛ لأنه مات قبل الذكاة فكان ميتة . أما إن قطع العروق قبل موت الحيوان فإنه يحل أكله ؛ لوجود فعل الذكاة وهو حي إلا أن ذلك يكره لأنه يزيد في إيلام الحيوان من غير حاجة . ولو أمضى فعله من غير توقف حل أكله ؛ لأن الظاهر أن موته كان بالذكاة . وجملة ذلك : أنه لو ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل أكلها لتحقيق الموت بما هو ذكاة ويكره ذلك ؛ لأن فيه زيادة تعذيب من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها ⁽²⁾ .

أما المالكية فلا يجزي عندهم القطع من القفا ؛ لأن المذبوح ينقطع به النخاع ⁽³⁾ المتصل بالرقبة وسلسلة الظهر قبل الوصول إلى الحلقوم والودجين فتكون ميتة . أما لو

(1) المجموع (ج 9 ص 91) والأنوار (ج 2 ص 570) .

(2) البدائع (ج 5 ص 42) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 497) .

(3) النخاع : بضم النون وفتحها وكسرهما ، هو الحيط الأبيض الذي في جوف الفقار . يقال : ذبحه فتخعه أي جاوز منتهى الذبح إلى النخاع . انظر مختار الصحاح ص 651 .

ابتدأ الذبيح من صفحة العنق ومال بالسكين إلى الصفحة الثانية حلت الذبيحة إذا لم ينخما ابتداء . فإذا لم تساعد السكين على قطع الحلقوم والودجين فقلبها وأدخلها تحت الأوداج والحلقوم وقطعها لم تؤكل كما يقع كثيرًا في ذبح الطيور من الجهلة ⁽¹⁾ .

أما الخنابلة فلهم في ذلك تفصيل ؛ إذ قالوا : إذا ذبحها من قفاها وهو مخطئ فأنت السكين على موضع ذبحها وهي في الحياة أكلت . ومعنى الخطأ أن تلتوي عليه الذبيحة فتأتي السكين على القفا ؛ لأنها مع التواءها معجوز عن ذبحها في محل ذبحها فسقط اعتبار المحل كالمتردة في بئر . فأما مع عدم التواءها فلا يباح أكلها بذلك ؛ لأن الجرح في القفا سبب لزهوق الحيوان وهو (الزهوق) هنا في غير محل الذبيح فإذا اجتمع مع الذبيح منع حله كما لو بقر بطن الذبيحة . وقد سئل الإمام أحمد عن ذبح في القفا ، فقال : عامدًا أو غير عامد ؟ فقيل : عامدًا . قال : لا تؤكل . فإذا كان غير عامد كأن التوى الذبيح عليه فلا بأس . أما إذا ذبحها من قفاها اختيارًا فإنها لا تؤكل . وقد حكى هذا القول عن علي وسعيد بن المسيب وإسحق . قال إبراهيم النخعي : تسمى هذه الذبيحة : القفينة ⁽²⁾ وبذلك قالت المالكية في الجملة . وثمة قول في مذهب الخنابلة . وهو : إن بقيت في الذبيحة حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء حلت وإلا فلا تحل . ويعتبر ذلك بالحركة القوية ، وهو قول الشافعية . وهو الراجح من الأقوال ؛ لأن الذبيح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله وذلك كأكلة السبع والمتردة والنطيحة . وعلى هذا لو ضرب عنقه بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك ⁽³⁾ والله سبحانه وتعالى أعلم .

الضابط الخامس : ذلك كله في المقدور عليه من البهائم أو الطيور . أما غير المقدور عليه فكل بدنه مذبح فحيثما طعن في بدنه بضربة من سهم أو سنان أو سكين أو غير ذلك من الآلات التي تجرحه فتدميه حل أكله . وهو ما بيناه سابقًا .

الضابط السادس : عدم المعين في الذبيح . فلو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمريء وأخذ آخر في نزع أحشائه أو إبانة أمعائه أو القطع من لحمه فلا يحل أكله ، يستوي في ذلك ما لو كان المعين مدفقًا أو لم يكن . وكذلك لو اقترن بقطع الحلقوم قطع الرقبة من القفا بأن جرت مدية من القفا وأخرى من الحلقوم والتفتا فإنه لا يحل أكله ؛ للحصول

(1) بلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 313) .

(2) القفينة : الشاة تدبح من قفاها . انظر مختار الصحاح (ص 546) .

(3) المغني (ج 8 ص 578) .

الذبح بمعين . وهو قول الشافعية . وقالوا : يجب أن يسرع الذابح في القطع ولا يتأني بحيث يظهر انتهاء الحيوان المذبوح إلى حركة المذبوح قبل تمام قطع المذبوح ⁽¹⁾ .

وذهبت المالكية في الظاهر من مذهبهم إلى عدم اشتراط هذا القيد . وعلى هذا لو وضع شخص آلة الذبح على ودج وآخر على الآخر وقطعا الودجين والحلقوم جميعًا ، فإنه يحل الذبح ويؤكل المذبوح . وهذه هي المسألة المشتركة في الذبح . ولا بد من النية والتسمية من كل من الذابحين وإلا فلا تؤكل ⁽²⁾ .

الضابط السابع : أن تكون آلة الذبح من غير العظم أو الظفر وهو ما ذهب إليه أكثر العلماء خلافاً للحنفية ؛ إذ أجازوا الذبح بالظفر والسن . وقد بينا ذلك سابقاً .

الضابط الثامن : أن يكون في الحيوان الإنسي حياة مستقرة ، فإن كان فيه دون ذلك كحركة المذبوح ثم ذبح فلا يحل أكله . وعلى هذا لو جرح السبع صيداً أو شاة أو انهدم سقف على بهيمة أو جرحت هرة حمامة ، فأدركها صاحبها حية ، فذبحها وفيها حياة مستقرة حل أكلها ، حتى لو أيقن أنها تموت بعد يوم أو يومين أو أقل أو أكثر . وإذا لم يكن فيها حياة مستقرة بل حركة المذبوح - أي حركة الحيوان الذي ذبح - فإنه لا يحل أكلها . وهو قول الجمهور في الجملة ⁽³⁾ .

ولو مرض الحيوان وصار إلى أدنى الرمق (بقية الروح) ولم يبق فيه حياة مستقرة فذبح فإنه يحل أكله ؛ لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه كجرح السبع ونحوه . ولو أكلت البهيمة نباتاً مضراً فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت حرم أكلها ؛ لأنه وجد سبب يحال الهلاك عليه وهو الأكل من النبات المضر . وهو قول الشافعية والحنابلة وقال به الإمام أبو حنيفة . قال الإمام أحمد في هذا الشأن : إذا كانت شاة مريضة خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرقت بعينها أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف فنهز الدم فلا بأس بأكلها ⁽⁴⁾ .

وللحنفية في ذلك تفصيل أيضاً ، إذ اشترطوا في الذكاة الاختيارية قيام أصل الحياة في الحيوان المستأنس وقت ذبحه ، قلت هذه الحياة أو كثرت وهو قول الإمام أبي حنيفة .

(1) الأنوار (ج 2 ص 570) . (2) أسهل المدارك (ج 2 ص 52) .

(3) المغني (ج 8 ص 584) والمجموع (ج 9 ص 88) والأنوار (ج 2 ص 571) والبدائع (ج 5 ص 50) .

(4) نفس المراجع السابقة .

أما الصاحبان فلا يكتفى عندهما بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيدة والنطيحة وجريحة السبع إذا لم يبق فيها إلا حياة قليلة - ويعرف ذلك بالصباح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس ، أما خروج الدم فلا يدل على الحياة إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحي المطلق - فإذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه المذكور حل أكلها عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف في ذلك روايتان : في ظاهر الرواية عنه أنه إن كان يعلم أنها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل ، وإن كان يعلم أنها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل . وفي رواية أخرى عنه قال : إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها فإنها تؤكل وإلا فلا . وقال محمد : إن كان لم يبق من حياتها إلا قدر حياة المذبح بعد الذبح أو أقل فذبحها فلا تؤكل وإن كان أكثر من ذلك تؤكل .

وجه قول الصاحبين : أنه إذا لم يكن للذبيح حياة مستقرة على الوجه الذي ذكرنا كان الحيوان ميتة من حيث المعنى ، فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة .

واحتج الإمام أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ مِن دُونِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيغَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ فقد استثنى سبحانه وتعالى المذكى من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم إباحة ، وهذه مذكاة ؛ لوجود فري الأوداج مع قيام الحياة ، فدخلت تحت النص ⁽¹⁾ .

ذبح الجنب والجانح والأقلف والمأمة

ذبيحة الجنب حلال من غير خلاف . قال ابن المنذر : الاتفاق على ذبيحة الجنب ، وإذا دل القرآن على حل إباحة ذبيحة الكتاني مع أنه نجس ، فالذي نفت السنة عنه النجاسة أولى . والخائض كالجنب . ولا يعلم أحد من العلماء منع من ذلك كما قال ابن المنذر ⁽²⁾ .

وكذلك الأقلف وهو غير المختون فإنه يحل ذبحه ، وبه قال جماهير العلماء . قال ابن المنذر في ذلك : وبه قال عوام أهل العلم من علماء الأمصار . قال : وبه نقول . وروي عن ابن عباس أنه لا يؤكل ، وهي إحدى الروايتين عن الحسن البصري . والصحيح قول جماهير العلماء . ودليل ذلك عموم قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنَّمَا ذَكَرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾

(1) البدائع (ج 5 ص 50 ، 51) .

(2) المجموع (ج 9 ص 77) والمغنى (ج 8 ص 583) والتهذيب (ج 7 ص 453) .

وعصوم ذلك لا يفرق بين أكله ومختون ما دام مسلمًا عاقلًا حلالًا (غير محرم) .
وكذلك فإن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب ومنهم الأقلف فالمسلم أولى ⁽¹⁾ .

وكذلك المرأة فإنها تحل ذبيحتها بلا خلاف . ومع ذلك فذكاة الرجل أفضل من ذكاتها ؛ لأن الرجل أقوى على الذبح من المرأة . ومن أقوال الشافعية في ذلك : أولى الناس بالذكاة أفضلهم لها : الرجل العاقل المسلم ، ثم المرأة المسلمة أولى من الصبي ، ثم الصبي المسلم ، ثم اليهودي والنصراني ، والنصراني أولى من المجنون والسكران ؛ لأنه يخاف منهما قتل الحيوان .

وجملة القول في ذلك : أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب إذا ذبح حل أكل ذبيحته ، رجلًا كان أو امرأة ، بالغًا أو صبيًا ، حرًا كان أو عبدًا ، ليس في هذا خلاف . وقال ابن المنذر في هذا الشأن : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة المرأة والصبي . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية في الرجح من مذهبهم (المالكية) . وثمة قول في مذهبهم بالكراهة ⁽²⁾ .

ودليل الإباحة ما أخرجه البيهقي وغيره من أهل السنن عن كعب بن مالك (رضي الله عنه) أن امرأة ذبحت شاة بحجر فذكر ذلك لرسول الله ﷺ « فلم ير بها بأسًا » ⁽³⁾ .

وكذلك أخرج البيهقي عن معاذ بن جبل أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنمًا له بالسلع ، فأصببت شاة منها ، فأدركتها ، فذبحتها بحجر ، فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : « لا بأس بها فكلوها » ⁽⁴⁾ .

وأخرج البيهقي أيضًا عن جابر (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ « رخص في ذبيحة المرأة والصبي أو الغلام إذا ذكروا اسم الله » ⁽⁵⁾ .

قطع عنق الذبيحة

لو قطع عنق البهيمة كليًا فإنه يحل أكلها مع الكراهة . وعلى هذا لو ضرب عنق

(1) المجموع (ج 9 ص 78) والبنية (ج 9 ص 11) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 487) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 313) والخطي (ج 7 ص 453) .

(2) المجموع (ج 9 ص 77) والمغني (ج 8 ص 581) والبنية (ج 9 ص 11) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 487) والخطي (ج 7 ص 558) وأسهل المدرك (ج 2 ص 54) وبلغة السالك (ج 1 ص 315) .

(3) البيهقي (ج 9 ص 282) . (4 ، 5) البيهقي (ج 9 ص 283) .

بهيمة كجوزور أو شاة أو بقرة أو غير ذلك من الأنعام أو البهائم والطيور المباحة فأبأنها (عقها) فإنه يحل أكلها وقد أساء . أما إباحة الأكل فلائنه أتى بفعل الذكاة وهو قطع العروق . وأما الإساءة فلائنه زاد في تعذيب البهيمة من غير حاجة وذلك الذي عليه عامة العلماء . وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عمر وعمران بن الحصين وعطاء والحسن والبصري والشعبي والنخعي والزهري وإسحق وأبي ثور . وكرهه ابن سيرين ونافع ⁽¹⁾ .

الذبح والنحر

الذبح في اللغة : معناه قطع الحلقوم من باطن وهو موضع الذبح من الحلق . والذبح مصدر . يقال : ذبحه يذبحه ذبحاً فهو مذبوح وذبيح من قوم ذبحى وذباحى .

والمراد في الذكاة الشرعية ، قطع الحلق أعلى العنق ⁽²⁾ .

والنحر ، والنحر : موضع القلادة من الصدر . والنحر أيضاً موضع نحر الهدي وغيره . والنحر في اللبة كالذبح في الحلق واللبة هي الثغرة التي في أسفل العنق .

والمراد بالنحر في الذكاة الشرعية ، قطع الحلق أسفل العنق ، وذلك بالضرب بحربة أو نحوها في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ⁽³⁾ .

ولقد ذهب عامة العلماء إلى أن المستحب في ذكاة الحيوان نحر الإبل وذبح ما سواها من البقر والغنم وحمار الوحش وغير ذلك . والمعتبر في الموضعين قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين أو كلاهما على الخلاف . وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ، وبه قالت المالكية في الجملة ⁽⁴⁾ ولهم (المالكية) في ذلك تفصيل ؛ فقد اشترطوا لصحة الذكاة في الأصل النحر في الإبل والذبح في غيرها إلا لضرورة ، وعلى هذا لو ذبح البعير لضرورة حل أكله . إما إن كان ذلك لغير ضرورة لم يحل أكله . فإن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح من غير ضرورة لم تؤكل وقيل : يؤكل . وقيل : يكره ذلك . وقيل : إن ذبح ما ينحر أكل بخلاف العكس . على أن ذلك كله في حال

(1) البدائع (ج 5 ص 42) والمجموع (ج 9 ص 91) والأنوار (ج 2 ص 572) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 313) والمغني (ج 8 ص 578) .

(2) لسان العرب (ج 2 ص 436) والمجموع (ج 9 ص 85) والأنوار (ج 2 ص 572) .

(3) مختار الصحاح ص 649 والمجموع (ج 9 ص 85) والمغني (ج 8 ص 576) والأنوار (ج 2 ص 572) .

(4) المجموع (ج 9 ص 85) والمغني (ج 8 ص 575) والأنوار (ج 2 ص 572) والبدائع (ج 5 ص 60) وإبغلي (ج 7 ص 445) .

الاختيار وأما في حالة الضرورة فإنه يجوز ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح (1) .

والصحيح ما ذهب إليه عامة العلماء وهو أنه يندب في الذكاة : النحر في الإبل والذبح فيما سواها من البقر والغنم والجاموس وحمر الوحش والطيور وغير ذلك مما يحل أكله ويستدل على ذلك بكل من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَخْسِرْ ﴾ أي انحر البدن بمنى . والبدن جمع ومفرده البدنة وهي ناقة أو بقرة تنحر بمكة ، سميت بذلك ؛ لأنهم كانوا يسمونها . قال مجاهد في هذا الشأن : أمرنا بالنحر وأمر بنو إسرائيل بالذبح ؛ لقوله تعالى في سورة البقرة ، ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً ﴾ وقد بعث النبي ﷺ في قوم ماشيتهم الإبل وهي خير أموالهم ، من أجل ذلك سُنَّ النحر (2) .

أما السنة ، فمنها ما أخرجه البيهقي عن جابر (رضي الله عنه) : قال رسول الله ﷺ : « لا تذبحوا إلا مسنة ، إلا أن تعسر عليكم فتذبحوا جدعة من الضأن » (3) . وأخرج البيهقي كذلك عن جابر (رضي الله عنه) قال : « كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فتذبح البقرة عن سبعة » (4) .

وأخرج البيهقي أيضًا عن أسماء بنت أبي بكر (رضي الله عنهما) قالت : « ذبحنا فرسًا على عهد رسول الله ﷺ ونحن بالمدينة فأكلنا » (5) .

وأخرج البيهقي أيضًا عن أنس (رضي الله عنه) قال : « نحر رسول الله ﷺ سبع بدنات بيده قائمًا ، وذبح بالمدينة كبشين أملحين أقرنين » (6) .

وأخرج مسلم عن جابر قال : « ذبح رسول الله ﷺ عن عائشة بقرة يوم النحر » (7) . على أنه إذا ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح فهو جائز ، وهو قول عامة أهل العلم منهم عطاء والزهري وقتادة والليث والثوري وإسحق وأبي ثور ، وهو كذلك قول الحنفية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر وأجازته المالكية للضرورة كما بيناه سابقًا . والصحيح قول عامة أهل العلم . وذلك لما بيناه من أخبار تدل عليه ويؤيد ذلك حديث عدي بن

(1) أسهل المدارك (ج 2 ص 52) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 312) .

(2) تفسير القرطبي (ج 20 ص 218) وتفسير ابن كثير (ج 4 ص 558) وتفسير البيضاوي ص 812 ومختار

الصحاح ص 44 ولسان العرب (ج 13 ص 48) والمغني (ج 8 ص 575 ، 576) .

(3) البيهقي (ج 9 ص 279) . (7) مسلم (ج 4 ص 88) .

حاتم قال : قلت : يا رسول الله ! إنا نصيد الصيد فلا نجد سكينًا إلا الطرار وشقة العصا ، فقال : « أمر الدم بما شئت ، واذكر اسم الله عليه » (1) .

التسمية

وهي أن يذكر اسم الله دون غيره من الأسماء عند الذبح . وذلك يقتضي تفصيلاً لكلمة الفقهاء في حكم التسمية وهو ما نعرض له في هذا البيان ؛ إذ نذكر فيه أقوال المذاهب والعلماء :

القول الأول

وهو قول الحنفية والحنابلة والمالكية وآخرين فقد ذهبوا إلى أن التسمية على الذبيحة شرط لصحتها حال الذكر لا النسيان .

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾ فإنه يستدل بالآية من وجهين :

أحدهما : أن مطلق النهي عن الأكل يفيد التحريم في حق العمل .

ثانيهما : أنه سمي أكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقاً ؛ وذلك لقوله عز وجل : ﴿ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾ ولا فسق إلا بارتكاب الحرام ، فكان الأكل من غير تسمية ارتكاباً لحرم ولا يكون ذلك في السهو فإن ترك التسمية سهواً لا يكون فسقاً ، وكذا كل متروك التسمية سهواً لا يلحقه سمة الفسق ، بل إن المراد من الآية ما كان متروك التسمية عمداً فهو الفسق . وكذلك قوله عز وجل : ﴿ فَأَذْكُرُوا أَسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافً ﴾ ومطلق الأمر يفيد الوجوب في حق العمل ولو لم يكن شرطاً لما وجب . وعلى هذا فإن التسمية على الذبح شرط لصحة الذكاة مع الذكر ويسقط هذا الشرط بالنسيان ، والمسلم والكتابي في هذا سواء . وقد روي ذلك عن ابن عباس وبه قال الثوري وإسحق . ومن أباح ما نسيت التسمية عليه عطاء وطاؤوس وسعيد بن المسيب والحسن وعبد الرحمن بن أبي ليلى (2) .

واستدلوا على ذلك من السنة بما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم قال : قلت :

(1) رواه الخمسة إلا الترمذي انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 144) .

(2) البدائع (ج 5 ص 46 ، 47) والنباية (ج 9 ص 16-18) ونتائج الأفكار ومعه شرح العناية (ج 9 ص 489 ،

490) والمغني (ج 8 ص 565) وأسهل المدارك (ج 2 ص 47) .

يا رسول الله إني أرسلك علي وأسمي ، قال : « إن أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل » (1) . وفي هذا الحديث إيقاف الإذن في الأكل على التسمية ، والمعلق بالوصف ينتفي عند انتفائه . على أن الشرطية إنما هي في حق الذاكِر فيجوز أكل ما تركت التسمية عليه سهواً لا عمداً (2) .

ويؤيد ذلك أيضاً ما أخرجه البيهقي عن عائشة (رضي الله عنها) : قالوا : يا رسول الله إن ههنا أقواماً حديث عهد بشرك يأتوننا باللحمان لا ندري يذكرون اسم الله عليها أم لا ، فقال النبي ﷺ : « اذكروا اسم الله وكلوا » (3) .

وأخرج البيهقي أيضاً عن هشام عن أبيه قال : كان ناس من أهل البادية يأتون بلحمان قد ذبحوها ، فسألوا رسول الله ﷺ كيف يصنعون ، فقال : « سموا عليها اسم الله وكلوها » (4) .

وأخرج البيهقي كذلك عن ابن عباس (رضي الله عنهما) عن النبي ﷺ قال : « المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليذكر اسم الله وليأكله » (5) وهو يدل بمفهومه على عدم إباحة الأكل إذا لم يسم عليه عمداً . ويدل كذلك على إباحة ما ذكاه مسلم أو كتابي مما غاب عنا كالذي يأتينا مذبحاً من بلاد نائية ، شعوبها من أهل الكتاب فلا ندري بماذا سموا عند الذبح فهو يحل أكله للخير « اذكروا اسم الله عليه وكلوا » أما إذا أيقنا أنه ذكر عليه غير اسم الله كاسم المسيح أو العذراء أو الصليب أو غير ذلك فلا يحل أكله .

القول الثاني

وهو قول الشافعية ، وأحمد في رواية ؛ فقد ذهبوا إلى أن البسمة على الذبائح كلها سنة فإن تركت سهواً أو عمداً حلت الذبيحة ولا إثم على الذابح . وروي هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وعطاء (6) .

واحتجوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيغَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ فقد أباح المذكي ولم يذكر التسمية . فإن قيل : لا يكون مذكي إلا بالتسمية ، أجيب

(1) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 139) . (2) نيل الأوطار (ج 8 ص 140) .

(3) (5) البيهقي (ج 9 ص 239) .

(6) المجموع (ج 9 ص 410 ، 411) والأنوار (ج 2 ص 571) والمفني (ج 8 ص 565) .

عن ذلك بأن الذكاة في اللغة تعني الشق والفتح وقد وجدا كلاهما . وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لِّكَرِّ ﴾ فأباح ذبائحهم ولم يشترط التسمية ؛ إذ هم لا يسمون غالباً فدل ذلك على أن التسمية غير واجبة ⁽¹⁾ .

واستدلوا من السنة بما أخرجه البيهقي عن ابن عباس (رضي الله عنهما) فيمن ذبح ونسي التسمية قال : « المسلم فيه اسم الله وإن لم يذكر التسمية » ⁽²⁾ . وفيما رواه أبو داود في المراسيل عن الصلت قال : قال رسول الله ﷺ : « ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله أو لم يذكر ، إنه إن ذكر لم يذكر إلا اسم الله » ⁽³⁾ .

القول الثالث

وهو قول أهل الظاهر ؛ فقد اشترطوا التسمية مطلقاً فلا تحل الذبيحة بترك التسمية عمداً أو سهواً ؛ وذلك لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ وهذا يقتضي وجوب التسمية مطلقاً ⁽⁴⁾ .

أما وقت اعتبار التسمية فهو موضع خلاف كذلك ، نعرض له في هذا التفصيل : فقد ذهبت الحنفية والحنابلة إلى أن التسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح أو قريباً منه أي أنه لا يجوز تقديم التسمية على الذكاة إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ والذبح مضمر فيه . فيكون معناه : ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح . ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة إلا وقت الذبح ، فكان بذلك وقت التسمية الاختيارية وقت الذبح .

أما الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمي والإرسال لا وقت الإصابة ؛ وذلك لقول النبي ﷺ لعدي بن حاتم حين سأله عن الصيد : « إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فإن وجدته قد قتل فكل ، إلا أن تجده قد وقع في ماء ، فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك » ⁽⁵⁾ وكذلك قول النبي ﷺ لعدي بن حاتم : « إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك ، إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل ، فإنني أخاف

(1) المجموع (ج 9 ص 411) والأنوار (ج 2 ص 571) ومعه حاشية الكشمري وحاشية الحج إبراهيم .

(2) البيهقي (ج 9 ص 239) . (3) انظر سنن البيهقي (ج 9 ص 240) .

(4) المحلى (ج 7 ص 462) .

(5) رواه الشيخان . انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 141) .

أن يكون إنما أمسك على نفسه ⁽¹⁾ .

ومعلوم أنه لا تقع التسمية على السهم والكلب إلا عند الرمي والإرسال فكان وقت التسمية فيها هو وقت الرمي والإرسال . ويقتضي ذلك أن تكون التسمية شرطاً والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن ؛ لأنه عند وجودها يصير الركن علة كما في سائر الأركان مع شرائطها . والركن في الذكاة الاختيارية هو الذبيح ، وفي الذكاة الاضطرارية هو الجرح ، وذلك مضاف إلى الرامي والمرسل ، وإنما السهم والكلب آلة الجرح ، والفعل يضاف إلى مستعمل الآلة لا إلى الآلة ؛ لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبيح والجرح وهو وقت الرمي والإرسال . ولا يعتبر وقت الإصابة في الذكاة الاضطرارية ؛ لأن الإصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل . وهي (الإصابة) قد تكون وقد لا تكون ، فلا يمكن إيقاع التسمية عليها ، بل تعتبر عند الرمي والإرسال . وعلى هذا لو أن رجلاً أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها ، وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجزه ذلك ، ولا تؤكل الأخرى ؛ لعدم التسمية عليها عند الذبيح . أما لو رمى صيداً فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله . وكذلك لو أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذي أرسله عليه فقتله فإنه يحل أكله ؛ لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمي والإرسال . ولو ذبح الذابيح الشاتين والثلاثة فسمى على الأولى ولم يسم على غيرها عمداً ، فإنه يأكل الشاة الأولى التي سمى عليها ولا يأكل ما سواها ؛ لأنه لا يجزه التسمية في الذكاة الاختيارية إلا عن المذبوح وهو هنا الشاة الأولى . ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ سكيناً آخر فذبح به حل الأكل ؛ لأن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح وليس على الآلة ، والمذبوح هنا واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة ، وذلك بخلاف ما إذا سمى على سهم ثم رمى بغيره ، فإنه لا يؤكل ؛ لأن التسمية في الذكاة الاضطرارية تقع على السهم وليس على الرمي إليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر . ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ أخرى أو رد سلاتاً أو كلم إنساناً أو استسقى ماء فشرب أو نحو ذلك فإن كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية حل أكلها ؛ لأنه سمى على تلك الشاة بعينها ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير . أما لو

(1) رواه الشيخان . انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 138) .

تحدث وأطال الحديث أو أخذ في عمل آخر أو حد شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا تؤكل ؛ لأن زمان ما بين التسمية والذبح إذا كان يسيراً لا يعتد به ؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كأنه سمي مع الذبح ، وإذا كان طويلاً يقع فاصلاً بين التسمية والذبح فيصير كأنه سمي في يوم وذبح في يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به . وكذلك لو سمي ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها إلى مضجعها فقد انقطعت التسمية ولم يحل أكلها (1) .

وهذه المالكية وأهل الظاهر إلى أن وقت التسمية عند أول الذبح أو التحرز في الذكاة الاختيارية . ووقتها في الذكاة الضرورية عند أول الرمي أو الإرسال (2) .

ووقت تسمية الذابح لله تعالى في الذكاة هي مع أول وضع ما يذبح به أو ينحر في الجلد قبل القطع ولا بد . ووقتها في الصيد مع أول إرسال الرمية أو مع أول الضربة أو مع إرسال الجارح لا تجزي قبل ذلك ولا بعده ؛ لأن هذه ميادئ الذكاة . فإذا شرع فيها قبل التسمية فقد مضى منها شيء قبل التسمية ، فلم يذك كما أمر ، وإذا كان بين التسمية وبين الشروع في التذكية مهلة فلم تكن الذكاة مع التسمية كما أمر فلم يذك كما أمر ولا فرق بين قليل المهلة وبين كثيرها ، ولو جاز أن يفرق بينهما بطرفة عين جاز أن يفرق بينهما بطرفتين وثلاث إلى أن يبلغ الأمر إلى العام وأكثر (3) .

أما الشافعية فقالوا : تستحب التسمية عند الذبح أو إرسال الجارحة أو السهم على الصيد . لكن هل يتأدى الاستحباب بالتسمية عند عض الكلب وإصابة السهم ؟ ثمة وجهان في ذلك أحدهما : نعم (4) .

ركن التسمية

ركن التسمية يراد به حقيقتها وما تقوم به ليحل الذبح . وثمة تفصيل في ذلك : فقد ذهب الحنفية إلى أن ركن التسمية هو ذكر اسم الله عز وجل أي اسم كان ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنَّا ذِكْرًا أَمْ لَكُمْ عَلَىٰ لَنَا كُفْرٌ بِنَايِكُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾ (5)

(1) البدائع (ج 5 ص 48 ، 49) والمغني (ج 8 ص 565 ، 566) ونتائج الأفكار (ج 9 ص 488 - 491) .

(2) أسهل المدارك (ج 2 ص 47) والمغلي (ج 7 ص 462) .

(3) المغلي (ج 7 ص 462) .

(4) المجموع (ج 8 ص 408) والأنوار (ج 2 ص 571) . (5) سورة الأنعام الآية (118) .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ عَلَيْكُمْ أَنَّهُ حَلَالٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ ﴾ (1) وذلك من غير فصل بين اسم واسم ؛ لأنه إذا ذكر اسماً من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرماً . وسواء قرن بالاسم الصفة بأن قال : بسم الله أكبر ، أو باسم الله أجل ، أو باسم الله أعظم ، أو باسم الله الرحمن ، أو باسم الله الرحيم ، ونحو ذلك من صفات الله المقترنة باسمه .

أو لم يقرن ، بأن قال : باسم الله أو باسم الرحمن أو باسم الرحيم أو غير ذلك ، فإنه تحمل الذكاة وتؤكل الذبيحة من غير بأس . وكذلك يستوي في التسمية ما لو كانت بالعربية أو بالفارسية أو أي لسان كان ؛ لأن الشرط في الكتاب والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقاً عن العربية وغيرها وهذا ظاهر في اعتبار المعنى دون اللفظ وهو أصل أبي حنيفة (2) .

وجملة القول : أن ركن التسمية هو أن يذكر المذكي اسم الله على الذبيحة أو الصيد ، أو يذكر واحداً من أسمائه الحسنی . وهو الظاهر من أقوال العلماء بغير خلاف سواء فيهم القائلون باشتراط التسمية والقائلون بالنسب أو الاستحباب (3) يؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ قُلِ ادْعُوا اللَّهَ أَوْ ادْعُوا الرَّحْمَنَ أَيًّا مَا تَدْعُوا فَلَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى ﴾ (4) ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى فَادْعُوهُ بِهَا ﴾ (5) وأما اسم ذكر على الذبيح غير أسماء الله فلا جرم أن لا تجوز به الذكاة ولا يحل الأكل من المذبوح .

شروط التسمية

ثمة شروط يجب تحققها في التسمية لتصح الذكاة ويحل أكل المذبوح أو الصيد . ومن هذه الشروط :

أولاً : أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمي غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل الذبيح ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ حَلَالٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ ﴾ معناه : لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت صحة التسمية مشروطة في الذابح دون غيره (6) .

ثانياً : أن يريد بالتسمية كونها على الذبيحة ، فإن أراد بالتسمية افتتاح العمل مثلاً فلا

(1) سورة الأنعام الآية (119) .

(2) البدائع (ج 5 ص 48) .

(3) المجموع (ج 8 ص 408) وبلغه السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 314) والمحلى (ج 7 ص 461)

ونيل الأوطار (ج 8 ص 140) .

(4) سورة الإسراء الآية (110) .

(5) سورة الأعراف الآية (180) .

(6) البدائع (ج 5 ص 48) .

يحل الذبيح ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر أن يذكر اسمه على الذكاة ، ولا يتحقق هذا الأمر في ذكر اسمه تعالى على غير الذبيح ⁽¹⁾ .

ثالثاً : تجريد اسم الله عن أي اسم غير اسمه حتى وإن كان اسم النبي محمد ﷺ .
فلو قال : بسم الله ومحمد لا يحل الذبيح أو الصيد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ وذكر أي اسم مع اسم الله على الذبيح هو إهلال بالذبيح لغير الله فلا يحل أكله وكذا لو قال الذابيح : باسم محمد لا يحل الذبيح . فإن من حق الله تعالى أن يجعل الذبيح باسمه واليمين باسمه والسجود له لا يشاركه في ذلك مخلوق ⁽²⁾ .

وشرط ذبح الكتامي : أن يذبح ما يحل له بشرعنا من غنم وبقر وغيرهما ، وأن لا يهل به لغير الله بأن يذكر عليه اسم غير الله . فإن أهل به لغير الله بأن قال : باسم المسيح أو العذراء ؛ لم يؤكل . وأولى بالتحريم لو قال : باسم الصنم ⁽³⁾ .

ويخرج عن ذلك أيضاً ما لو ذبح اليهودي لموسى أو النصراني لعيسى عليهما الصلاة والسلام أو ذبح للصليب حرمت الذبيحة . وكذلك المسلم لو ذبح للكعبة أو لرسول الله ﷺ فالراجح تحريم الذبيحة ؛ لأن الذابيح قد ذبحها لغير الله تعالى . وثمة قول في مذهب الشافعية على أنها تحل ؛ لأن المسلم يذبح لله تعالى ولا يعتقد المسلم في رسول الله ﷺ ما يعتقد النصراني في عيسى عليه السلام ⁽⁴⁾ .

ولو ذبح عند استقبال السلطان تقريباً إليه ، فثمة قول بتحريم الذبيحة ؛ لأنها بما أهل به لغير الله تعالى . أما لو ذبح لا على هذا الوجه ، كما لو ضحى أو ذبح للكعبة تعظيماً لكونها بيت الله تعالى أو لرسول الله لكونه رسول الله ﷺ فلا يمنع ذلك حل الذبيحة . وإلى هذا المعنى يرجع قول القائل : أهديت للحرم أو الكعبة . ومن هذا القبيل الذبيح عند استقبال السلطان ؛ لأنه استبشار بقدمه نازل منزلة ذبح العقيدة لولادة المولود ⁽⁵⁾ .

ما يستحب من الذكاة وما يكبه منها

ذلك موضع تفصيل نوجزه في البيان التالي :

- (1) البدائع (ج 5 ص 48) .
- (2) البدائع (ج 5 ص 48) والمجموع (ج 9 ص 408) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 314) .
- (3) المجموع (ج 8 ص 409) وبلغة السالك على شرح الدردير (ج 1 ص 314) .
- (4) المجموع (ج 8 ص 409) .
- (5) المجموع (ج 8 ص 409) والأثرار (ج 2 ص 572) .

أولاً : يستحب أن يكون الذبيح بالنهار ويكره بالليل ؛ وذلك لوجوه : أحدها : أن الليل وقت أمن وسكون وراحة ، فيبصال الألم في وقت الراحة يكون أشد . والثاني : أنه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده أو تقع يده على أفعى فتلدغه وهو لا يراها . والثالث : أن العروق المشروطة في الذبيح لا تبين في الليل فربما لا يستوفي قطعها .

ثانياً : يستحب في الذبيح في الذكاة الاختيارية أن يكون ذلك بألة من الحديد كالسكين والسيوف ونحو ذلك ، ويكره ذلك بغير الحديد وبالكليل من الحديد ؛ لأن السنة في ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب إلى راحته ؛ وذلك للخبر « إن الله تبارك كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » (1) .

ثالثاً : يستحب أن ينحر البعير قائماً على ثلاث قوائم معقول الركبة وأن يضجع البقرة والشاة على الجانب الأيسر ويترك رجلها اليمنى ويشد قوائمها الثلاث وليوجهها نحو القبلة وليسم الله تعالى على الذبيح .

فقد روي عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال : « ذبح النبي ﷺ كبشين أقرنين أملحين يوم العيد فلما وجههما قال : « وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيئاً » (2) .

وكذلك أخرج البيهقي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) « أنه كان يستحب أن يستقبل القبلة إذا ذبح » (3) .

وكذلك أخرج البيهقي عن أنس (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ « كان يضحي بكبشين ويضع رجله على صفاحهما فيذبحهما بيده ، ويقول : بسم الله والله أكبر » (4) .

رابعاً : التدفيف في القطع ، ويكره الإبطاء فيه ؛ لما في الإبطاء من زيادة للتعذيب والإيلام ولا جرم أن في الإسراع راحة للذبيح .

خامساً : يكره إبانة الرأس ؛ لما في ذلك من زيادة إيلام من غير حاجة إليها . وقد سبق بيانه .

(2) أخرجه البيهقي (ج 9 ص 285) .

(1) سبق تخريجه .

(3 ، 4) البيهقي (ج 9 ص 285) .

سادساً : يستحب أن يعرض عليها الماء قبل الذبح وأن لا يحد السكين في وجهها ولا يذبح بعضها قبالة بعض .

سابعاً : يكره للذابح أن ينحرها حتى يبلغ النخاع أو أن يسلخها قبل أن تبرد ؛ لما في ذلك من زيادة إيلاام من غير حاجة ⁽¹⁾ إلى غير ذلك مما يستحب أو يكره في الذبح .

(1) البدائع (ج 3 ص 60) والأنوار (ج 2 ص 572) والمفني (ج 8 ص 574 - 578) .

قوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَكُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَانْقُوا اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ۝ .

سبب نزول الآية

قال سعيد بن جبیر : نزلت هذه الآية في عدي بن حاتم وزيد بن مهلهل الطائيين وهو زيد الخيل الذي سماه رسول الله ﷺ زيد الخير . فقالا : يا رسول الله إنا قوم نصيد بالكلاب والبزاة ، وإن الكلاب تأخذ البقر والحمر والظباء فمنه ما ندرك ذكاته ومنه ما تقتله فلا ندرك ذكاته ، وقد حرم الله الميتة ، فماذا يحل لنا ؟ فنزلت الآية ⁽¹⁾ .

الجوارح الملعنة

الجوارح جمع ومفرده جارحة . وجرح واجترح بمعنى اكتسب . والجوارح هي إناث الخيل وأعضاء الإنسان التي تكتسب وذوات الصيد من السباع والطيور . والمراد هنا : الجوارح من السباع والطيور ذوات الصيد ⁽²⁾ .

والجارحة الملعنة أو الكلب ونحوه من سباع الصيد فهو ما وجدت فيه شروط التعليم ، وجعلتها : أن يضرب على الصيد ويعود إلى ألف صاحبه حتى يرجع إليه ولا يهرب عنه . وذلك مقتضى قوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾ ⁽³⁾ .

وقد أجمع المسلمون على أن الكلب إذا لم يكن أسود وقد علمه مسلم ، فيرسل إذا أرسل ، وينزجر إذا زجر ، ويجيب إذا دعي ، ولا يأكل من صيده الذي صاده وأثر فيه بهجره أو تنبيهه وذكر صاحبه اسم الله عليه لدى إرساله ، فإن صيده صحيح ويؤكل وهو ما لا خلاف فيه . فإذا انخرم واحد من هاتيك الشروط فقد اختلفت كلمة العلماء إذ ذاك ⁽⁴⁾ .

أما إذا كانت الجارحة الملعنة التي يصاد بها غير كلب كالفهد ونحوه من السباع

(1) تفسير القرطبي (ج 6 ص 65) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 308) وأسباب النزول للنيسابوري ص (128) .

(2) القاموس المحيظ (ج 1 ص 225) والمعجم الوسيط (ج 1 ص 115) ومختار الصحاح ص (98) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 310) وتفسير البيضاوي ص (141) .

(4) تفسير القرطبي (ج 6 ص 66) وتفسير ابن كثير (ج 2 ص 16) .

ذوات الناب وكذلك الطيور التي تخرج بمخلبها كالصقر والبازي ونحوهما ؛ فقد ذهب جمهور أهل العلم أن الصيد بذلك بعد التعليم جائز ويحل أكله ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ ﴾ فهو شامل للكلاب وسباع الطير والدواب مما يجرح بنابه أو مخلبه وهو الذي أضراه ⁽¹⁾ صاحبه لينقض على الصيد فيمسكه .

وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر . قال ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ ﴾ : هي الكلاب الملعمة ، وكل طير تعلم الصيد ، والفهود والصقور وأشباهاها . وبمعنى هذا قال طاووس والحسن وأبو ثور .

ويستدل على ذلك بما أخرجه أحمد وأبو داود عن عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال : « ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكرت اسم الله عليه فكل ما أمسك عليك » قلت : وإن قتل ؟ قال : « وإن قتل ولم يأكل منه شيئاً ؛ فإنما أمسكه عليك » ⁽²⁾ ولأن غير الكلب جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فأشبه الكلب . وقال بذلك أيضاً الثوري والأوزاعي والليث .

وجملة ذلك : أن كل ما علم من ذوات المخلب من الطير وذوات الناب من السباع يجوز صيده . فإن ظاهر الآية : ﴿ عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ ﴾ يشهد بهذا ؛ لأنه أباح صيد الجوارح ، وذلك يشتمل على جميع ما يجري بناب أو مخلب وعلى ما يكسب على أهله بالاصطياد ولم يفرق في ذلك بين الكلب وغيره ⁽³⁾ .

وثمة قول بقصر الإباحة على الكلاب خاصة دون غيرها من سباع البهائم والطيور وهو قول مجاهد والضحاك والسدي ، احتجاجاً بظاهر قوله تعالى : ﴿ مُكَيَّنَ ﴾ أي أصحاب الكلاب وهو كالمؤدب صاحب التأديب . وهو احتجاج ضعيف . والصواب قول الجمهور من شمول المقصود ليتضمن كل ما يصاد به من الجوارح . يؤيد هذا حديث عدي بن حاتم السابق : قال ابن المنذر في هذا الشأن : وأما ما يصاد به من البراة وغيرها من الطير فما أدركت ذكاته فذكه ، فهو لك حلال وإلا فلا تطعمه ⁽⁴⁾ .

(1) أضراه : ضربي الكلب بالصيد، ضراوة أي تعود . وكلب ضار وكلية ضارية ، وأضراه صاحبه عوده وأضراه به أي أخراه . وضراه تغذية . انظر مختار الصحاح (ص 380) .

(2) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 135) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 310) ونيل الأوطار (ج 8 ص 136 ، 138) والخطي (ج 7 ص 4 وتفسير القرطبي (ج 6 ص 66 ، 67) والمغني (ج 8 ص 545 ، 546) وتفسير ابن كثير (ج 2 ص 15 ، 6 ،

(4) تفسير القرطبي (ج 6 ص 66 ، 67) وتفسير ابن كثير (ج 2 ص 15) ونيل الأوطار (ج 8 ص 139

على أنه يباح الأكل من الصيد إذا لم تأكل منه الجارحة فإن أكلت فلا يحل أكله ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ والمعنى : ولم يأكل ، فإن أكل لم يؤكل ما بقي ؛ لأنه أمسك على نفسه ولم يمسك على صاحبه . وهو قول ابن عباس وأبي هريرة والنخعي وقتادة وابن جبير وعطاء بن أبي رباح وعكرمة وطاووس والشعبي والضحاك وبه قالت الحنفية والشافعية والحنابلة . وقال به إسحق وأبو ثور . يؤيد ذلك ما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك ، إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل ، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » (1) .

وكذلك أخرج أحمد عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أرسلت الكلب فأكل من الصيد فلا تأكل ، فإنما أمسكه على نفسه ، فإذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل ، فإنما أمسكه على صاحبه » (2) .

وذهب آخرون إلى أنه يؤكل ما أكل منه الكلب أو غيره من الجوارح . وهو قول سعد ابن أبي وقاص وابن عمر وسلمان الفارسي وأبي هريرة . وبه قالت المالكية أيضاً ؛ فقد قال هؤلاء جميعاً في معنى قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ : المعنى وإن أكل ، فإذا أكل الجارح كلياً كان أو فهذا أو طيراً أكل ما بقي من الصيد وإن لم يبق إلا بضعة واحتجوا بعموم قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ وكذلك ما أخرجه أبو داود عن أبي ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب : « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه ، وكل ما ردت عليك يدك » (3) .

وما ذهب إليه الجمهور من تحريم ما أكل منه الجارح أصوب ، استناداً إلى الأخبار الصحيحة في تحريم ما أكل منه الكلب أو غيره من الجوارح ؛ لأنه بأكله منه دليل على أنه إنما أمسك على نفسه لا على صاحبه . ومثل هذه الأخبار بصحتها لا يعارض بحديث أبي ثعلبة . ومن جهة أخرى فإنه لا حجة لهم في الآية ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ وهذا الذي أكل من الصيد قد أمسك على نفسه . ومن جهة ثالثة فإن أكله من الصيد دليل على أنه غير معلم . وكونه معلماً شرط هام من الشروط لإباحة ما

يمسكه الكلب أو غيره من الجوارح (1) .

وجود كلب مع المعلم

وذلك أن يرسل الصياد كلبه على صيد فيجد مع كلبه كلبًا آخر لا يدري إن كانت فيه شرائط الصيد أو لا ، ولا يدري كذلك أيهما قتله حتى لو قتله الكلب المجهول فإنه لا يحل أكله إلا إذا أدركه حيًّا فذكاه . وهو قول الجمهور ؛ وذلك لما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم قال : قلت : يا رسول الله إني أرسل الكلاب الملعمة فيمسكن علي وأذكر اسم الله . قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ما أمسك عليك » قلت : وإن قتلن ؟ قال : « وإن قتلن ما لم يشركها كلب ليس معها » (2) .

وأخرج الشيخان كذلك عن عدي بن حاتم قال : قلت : يا رسول الله إني أرسل كلبتي وأسمي ، قال : « إن أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل ، وإن أكل منه فلا تأكل ؛ فإنما أمسك على نفسه » قلت : إني أرسل كلبتي أجد معه كلبًا آخر لا أدري أيهما أخذه . قال : « فلا تأكل ، فإنما سميت على كلبك ولم تستم على غيره » . وفي رواية : إن رسول الله ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله ، فإن وجدت مع كلبك كلبًا غيره وقد قتل ، فلا تأكل ؛ فإنك لا تدري أيهما قتله » (3) فذلك دليل على أن من وجد الصيد ميتًا ومع كلبه كلب آخر وحصل اللبس على الصياد أيهما القاتل له فإنه لا يحل الصيد ؛ لأنه لم يسم إلا على كلبه . وذلك بخلاف ما لو وجدته حيًّا ؛ فإنه يذكيه ويحل أكله بالتذكية (4) .

الصيد الغائب عن العين

وذلك أن يرسل كلبه على صيد فيغيب عن عينه ثم يجده ميتًا ومعه كلبه . أو يرميه بسهمه فيغيب عن عينه فيجده ميتًا وسهمه فيه فهل يحل أكله ؟

للعلماء في ذلك جملة أقوال . منها :

القول الأول : جواز أكله ، سواء قتله الكلب أو السهم . وهو قول الخنابلة في

(1) تفسير القرطبي (ج 6 ص 69) وتفسير ابن كثير (ج 2 ص 11) ونيل الأوطار (ج 8 ص 139) والمغلي (ج 7 ص 467) والمغني (ج 8 ص 543 ، 544) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 311-313) .
(2) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 135) .
(3) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 139) .
(4) المغني (ج 8 ص 549) ونيل الأوطار (ج 8 ص 140) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 461) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 318 ، 319) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 70) والمغلي (ج 7 ص 477) .

المشهور من مذهبهم وهي رواية عن المالكية . وقال به الحسن وقتادة ، وهو قول الحنفية في الجملة ⁽¹⁾ وتفصيل مذهبهم في المسألة في القول الثاني .

وحجتهم في ذلك من الأخبار ما أخرجه البخاري وأحمد عن عدي عن النبي ﷺ قال : « إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك ، فكل ، وإن وقع في الماء فلا تأكل » ⁽²⁾ .

وفي رواية أخرى لمسلم والنسائي عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال : « إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فإن غاب عنك يوماً فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت ، وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل » ⁽³⁾ .

وفي رواية أخرى للبخاري عن عدي بن حاتم أنه قال للنبي ﷺ : إنا نرمي الصيد فنقتني أثره اليومين والثلاثة ثم نجده ميتاً وفيه سهمه . قال : « يأكل إن شاء الله » ⁽⁴⁾ .

وفي رواية لأحمد والنسائي قال : سألت رسول الله ﷺ قلت : إن أرضنا أرض صيد فيرمي أحدنا الصيد فيغيب عنه ليلة أو ليلتين فيجده وفيه سهمه ، قال : « إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله » ⁽⁵⁾ .

وكذلك أخرج أحمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو أن أبا ثعلبة الخشني قال : يا رسول الله إن لي كلاباً مكلبة ⁽⁶⁾ فأقتني في صيدها ، قال : « إن كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكت عليك » قال : فإن تغيب عني ؟ قال : « وإن تغيب عنك ما لم يصل » يعني يتغير أو تجد فيه أثر غير سهمك ⁽⁷⁾ .

يستدل من هذه الأخبار على أن الصيد الغائب إنما يحل أكله بشرطين :

أحدهما : أن يجد الصياد سهمه في الصيد أو أثره ويعلم أنه أثر سهمه ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك فهو شاك في وجود المبيع فلا يثبت بالشك .

ثانيهما : أن لا يجد الصياد في الصيد أثراً غير سهمه مما يحتمل أنه قتله ؛ وذلك لقوله ﷺ : « فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت » ⁽⁸⁾ وقوله عليه الصلاة

(1) المغني (ج 8 ص 553) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 71 ، 72) ونيل الأوطار (ج 8 ص 142) وأحكام

القرآن للجصاص (ج 3 ص 318) .

(2) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 141) .

(3) مكلبة : من الكلب بفتح اللام أو التشكيل وهو التضرية أي التعود . انظر القاموس المحيط (ج 1 ص 130) .

(4) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 138) .

(5) سبق تخريجه

والسلام : « إذا علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل » (1) .

القول الثاني : وهو قول الحنفية ، إذ قالوا في الصيد يغيب عن صاحبه : إذا توارى عنه الصيد والكلب وهو (صاحبه) في طلبه ، فوجده قد قتله ؛ فإنه يجوز أكله . وإن ترك الطلب واشتغل بعمل غيره ، ثم ذهب في طلبه فوجده مقتولاً والكلب عنده ؛ لا يؤكل . وكذا السهم إذا رماه فغاب عنه . وجملة ذلك : أن الصياد إذا تراخى عن طلب الصيد ثم ذهب في طلبه فوجده مقتولاً وكلبه عند لا يؤكل . أما إذا طلبه على الفور من غير تراخ حل أكله . واستدلوا على ذلك بما أخرجه الشيخان عن عدي بن حاتم قال للنبي ﷺ : « لاني أرسل كلبني أجد معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه ؟ فقال : « فلا تأكل ، فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره » . وفي رواية أن رسول الله ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله ؛ فإن وجدت مع كلبك كلباً غيره وقد قتل فلا تأكل ، فإنك لا تدري أيهما قتله » (2) وبذلك قد حظر النبي ﷺ أكل الصيد حين جُوز أن يكون قتله كلب آخر فكذلك إذا جاز أن يكون مما كان يدرك ذكاته لو طالبه فلم يفعل وجب أن لا يؤكل لتجوز هذا المعنى . وبعبارة أخرى فإن الصياد بتراخيه عن طلب الصيد جائز أن يكون لو طلبه في فوره أدرك ذكاته ثم لم يفعل حتى مات فإنه لا يؤكل (3) .

القول الثالث : تحريم الأكل . وهو قول الشافعية ؛ إذ ذهبوا إلى أنه يشترط لإباحة أكل ما أمسكته الجوارح من صيد جملة شروط منها : أن لا يغيب الصياد عن الصيد فيجده بعد غيبته ميتاً فإن غاب فوجده ميتاً حرم أكله ؛ لاحتمال موته بسبب آخر (4) وهو قول أحمد في رواية عنه وكذا المالكية في رواية أخرى عنهم (5) .

أما إذا كانت الضربة من الجارحة لا يعيش معها الصيد فإنه يحل . وذلك كما لو جرحه فأدركه منتهياً إلى حركة ملهوح أو أصاب مذبحة فقد حل أكله ، سواء وجده في الماء أو وجد فيه سهم غيره . وإن لم ينته إلى ذلك ولم يصب مذبحة حرم أكله . وقيل : يحل . وهو قول النووي (6) .

(1) رواه الترمذي عن عدي بن حاتم وصححه . انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 141) .

(2) انظر نيل الأوطار للجصاص (ج 8 ص 139) .

(3) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 318 ، 319) .

(4) الأنوار (ج 2 ص 573) وحاشية الشرقاوي (ج 2 ص 460 ، 461) .

(5) بداية المجتهد (ج 1 ص 394) والمغني (ج 8 ص 554) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 72) .

(6) حاشية الشرقاوي (ج 2 ص 461) والأنوار (ج 2 ص 573) ونيل الأوطار (ج 8 ص 142) .

والمشهور في مذهب الشافعية تحريم الأكل . وهي رواية عن أحمد ؛ إذ ذكر عنه ما يدل على أنه إن غاب مدة طويلة لم يبح وإن كانت يسيرة أبيح ؛ لأنه قيل له : إن غاب يوماً ؟ قال : يوم كثير .

ويؤيد ذلك ما رواه البيهقي عن ابن عباس قال : « كل ما أصميت ، ودع ما أئميت » معنى ما أصميت : ما قتله الكلب وأنت تراه . وما أئميت : ما غاب عنك مقتله ⁽¹⁾ .

القول الرابع : ما رمي بالسهم حل أكله ، وما جرحه الكلب لا يحل أكله .

ووجه ذلك : أن السهم يقتل على جهة واحدة ؛ لأنه ليس له معارض فلا يشكّل ، أما الجراح فهو يصيب على جهات متعددة فيشكل . وقد ذهب إلى ذلك المالكية في واحد من أقوالهم الثلاثة في المسألة ⁽²⁾ .

القول الخامس : يحل ما غاب من الصيد ما لم ينتن فإن أنتن حرم أكله . وفي هذا أخرج الدارقطني عن أبي ثعلبة الخشني (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال : « إذا رميت بسهمك فغاب عنك ثلاثاً فأدركته فكله ما لم ينتن » ⁽³⁾ فقد جعل الغاية أن ينتن الصيد ، فلو وجدته بعد ثلاثة أيام ولم ينتن حل أكله ، ولو وجدته دونها وقد أنتن لم يحل أكله . وقيل : ذلك معلل بما يخاف منه الضرر على أكله . وعلى هذا التعليل يكون أكله محرماً إن كان الخوف محققاً ⁽⁴⁾ .

القول السادس : كراهة أكل ما رماه فغاب عنه يوماً أو ليلة . وهو قول الثوري ⁽⁵⁾ .

الصيد بالكلب الأسود البهيم

البهيم في اللغة : هو الذي لا يخلط لونه شيء سوى لونه . والجمع بهم ⁽⁶⁾ . أما ما صيد بالكلب الأسود فهو من حيث حل أكله وعدم حله موضع خلاف . فقد كره صيده الحسن والنخعي وقتادة وإسحق . قال الإمام أحمد : ما أعرف أحداً يرخص فيه ، يعني من السلف . وعلى هذا فإن الظاهر من مذهب الحنابلة أن صيد الكلب الأسود لا

(1) نيل الأوطار (ج 8 ص 142) والمغني (ج 8 ص 553) .

(2) تفسير القرطبي (ج 6 ص 72) . (3) الدارقطني (ج 4 ص 295) .

(4) المغني (ج 8 ص 554) ونيل الأوطار (ج 8 ص 141) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 72) .

(5) أحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 318) وبداية المجتهد (ج 1 ص 394) .

(6) مختار الصحاح (ص 68) والقاموس المحيط (ج 4 ص 83) .

يحل وهو الذي ذهب إليه أهل الظاهر ⁽¹⁾ قال ابن حزم في هذا الشأن : ولا يحل إمساك كلب أسود بهيم أو ذي نقطتين لا لصيد ولا لغيره ، ولا يحل تعليمه ولا أكل ما قتل من الصيد أصلاً ، إلا أن تدرك ذكاته ولا اتخاذ كلب سوى ذلك أصلاً إلا لزرع أو ماشية أو صيد أو ضرورة خوف ⁽²⁾ .

واحتجوا لذلك من السنة بما أخرجه أبو داود عن عبد الله بن مغفل قال : قال رسول الله ﷺ « لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها ؛ فاقتلوا منها الأسود البهيم » أي الخالص السواد ⁽³⁾ .

وأخرج أبو داود كذلك عن جابر قال : أمر نبي الله ﷺ بقتل الكلاب حتى إن كانت المرأة تقدم من البادية - يعني بالكلب - فنقلته ثم نهانا عن قتلها وقال : « عليكم بالأسود » ⁽⁴⁾ .

وفي رواية لمسلم وأحمد عن جابر أن النبي ﷺ قال : « عليكم بالأسود البهيم ذي النقطتين ؛ فإنه شيطان » والأسود البهيم يراد به هنا الكلب الخالص السواد . والنقطتان هما الكائتان فوق العينين ⁽⁵⁾ ، ووجه الدلالة : أن ما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يحسب صيده . ولأن النبي ﷺ سماه شيطاناً ولا يجوز اقتناء الشيطان فضلاً عن الاصطياد به . على أن إباحة الصيد المقتول رخصة فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص ⁽⁶⁾ .

وذهب أكثر العلماء إلى إباحة الصيد بالكلب الأسود . وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية . فقد قال هؤلاء جميعاً يجوز الاصطياد بجميع الجوارح المعلمة من السباع والطيور كالكلب الأسود وغيره والنمر والفهد والبازي والعقاب والصقر . قال ابن المنذر في ذلك : قال عوام أهل العلم من أهل المدينة وأهل الكوفة بإباحة صيد الكلب الأسود كغيره . واحتجوا بعموم قوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ ﴾ والجوارح تطلق على السباع والطيور . والمجاردة الكاسب فكل كاسب منها جارحة ، سواء في ذلك الكلب الأسود أو غيره من الجوارح . وجملة القول : أن الآية تقتضي تسوية جميع الكلاب في جواز الاصطياد بها ⁽⁷⁾ .

(1) المغني (ج 8 ص 447) وأهمل (ج 7 ص 477) وبداية المجتهد (ج 1 ص 391) .

(2) أهمل (ج 7 ص 477) .

(3) أبو داود (ج 3 ص 108) ونيل الأوطار (ج 8 ص 133) .

(4) أبو داود (ج 3 ص 108) . (5) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 133) .

(6) المغني (ج 8 ص 447) وبداية المجتهد (ج 1 ص 391) .

(7) المجموع (ج 9 ص 95) وبداية المجتهد (ج 1 ص 391) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 308) .

وكذلك فإنه يستدل على جواز الاصطياد بالكلب الأسود بعموم السنة المبيحة للصيد بالجوارح ومنها الكلب . أما حديث الأمر بقتل الكلب الأسود فقد أجيب عنه بأنه لا يلزم من قتله تحريم صيده مع أن قتله منسوخ ⁽¹⁾ .

وجدير بالذكر هنا القول بإباحة اتخاذ الكلاب واقتنائها للمنفعة كالصيد وحفظ الماشية والزرع . ويكره اتخاذها لغير منفعة ؛ لما في ذلك من ترويع للناس والتشويش عليهم بالنباح ، وامتناع دخول الملائكة البيت الذي فيه الكلاب . وقيل : لأنه كذلك ينبح الضيف ، ويروع السائل ، وينجس الأواني ⁽²⁾ . وفي النهي عن اتخاذ الكلاب لغير منفعة أخرج أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « من اتخذ كلباً إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع ؛ انتقص من أجره كل يوم قيراط » ⁽³⁾ .

وأخرج الشيخان عن سفيان بن أبي زهير قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من اقتنى كلباً لا يغني عنه زرعاً ولا ضرعاً ؛ نقص من عمله كل يوم قيراط » ⁽⁴⁾ .

وأخرج مسلم والنسائي وابن ماجه والترمذي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « أمر بقتل الكلاب ؛ إلا كلب صيد ، أو كلب ماشية » ⁽⁵⁾ .

(1) المجموع (ج 9 ص 96) وأحكام القرآن للجصاص (ج 3 ص 309) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 74) .
(2) نيل الأوطار (ج 8 ص 134) وتفسير القرطبي (ج 6 ص 73 ، 74) والجلبي (ج 7 ص 447) .
(3) أبو داود (ج 3 ص 108) .
(4) انظر نيل الأوطار (ج 8 ص 133) .
(5) (4 ، 5)

فهرس الجزء الثالث

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
1283	اتخاذ الحيس	1223	فقه القضاء
1283	اتخاذ الكاتب والمترجم	1225	فريضة القضاء
1284	كفاية القاضي من المؤنة	1228	شرائط القضاء
1285	تحريم الرشوة	1228	شرائط القاضي
1287	تعديل الشهود (تركيتهم)	1236	شروط المقضي له
1289	عدد المعدلين (المتركين)	1237	ما يشترط في المقضي عليه
1290	ما يقول المركي	1238	الشروط التي ترجع إلى نفس القضاء
1292	ارتياق القاضي في الشهود	1240	قضاء القاضي بعلم نفسه
1293	الحكم بعد تمام الدعوى	1243	القضاء على الظاهر
1294	شهادة الميعين	1245	القضاء بكتاب القاضي
1294	نقض القضاء	1248	القضاء على الغائب
1297	عقوبة شاهد الزور		صفة إنهاء الحال إلى قاضي بلد
1299	الاستخلاف	1252	الغائب
1302	الحيس	1255	الإنهاء بالمشافهة
1304	ما يخرج به القاضي عن القضاء	1256	الدعوى لعين غائبة
1309	الجهاد	1258	سماع البيئة على الغائب
1311	حكم الجهاد في سبيل الله	1260	استعداد القاضي على حاضر
1314	من يفترض عليه الجهاد	1261	استعداد القاضي على غائب
1315	كيفية القتال	1262	عدم إحضار المخدرة
1317	أصناف الكفار وحكم قتالهم	1263	آداب القاضي
1321	هل يستعان بالمشركين في القتال	1277	حكم الجلوس في المسجد للقضاء
1323	بقاتل العدو الأقرب فالأقرب	1279	حضور الفقهاء في مجلس الحكم
1325	أمر الجهاد منوط بالإمام	1281	استقبال القبلة
1327	من يحل قتله ومن لا يحل	1281	البداية بالأهم
	تترس الكفار بمن لا يحل قتلهم في	1282	الازدحام في مجلس القاضي
1332	الحرب	1283	اتخاذ الحاجب

1378	تحيات مصطنعة	1333	ترس الكفار بالمسلمين
	الآية : (92 ، 93) من سورة	1334	ما يجوز فعله بالكفار وما لا يجوز
1379	النساء	1337	الهرب من الكفار
1379	القتل	1341	حكم الاستسلام للأسر
1379	أقسام القتل	1343	إعطاء الأمان
1380	القتل العمد	1343	ركن الأمان
1384	القتل شبه العمد	1343	شروط الأمان
1385	القتل الخطأ	1347	صفة الأمان
1387	الديات	1348	نوعا الأمان
1387	مقدار الدية وأصلها	1349	ركن الأمان المؤبد
1390	دية العمد	1349	شروط الأمان المؤبد
1392	دية الخطأ	1351	حكم الأمان المؤبد
1393	دية شبه العمد	1352	صفة عقد الذمة
1394	تغليظ الدية	1356	اللجوء إلى الحرم
1396	العاقلة	1357	النهي عن قتل الرسول
1400	شروط وجوب العقل	1358	الهدنة
1403	التكليف بما لا يجمعف	1360	الهدنة منوطة بالإمام
1404	حلول الدية	1362	توقيت الهدنة
1405	جهات العاقلة	1363	حكم الهدنة
1406	ما لا تحمله العاقلة	1364	المصالحة على مال يؤديه المسلمون
1409	دية الذمي	1365	صفة عقد الهدنة
1411	دية المرأة	1367	شروط الهدنة
1412	دية الجنين	1370	الآية (86) من سورة النساء
1414	لمن تجب دية الجنين ؟	1370	(التحية)
1416	وجوب الكفارة في قتل الجنين	1372	حكم الرد
1417	صفة الجنين الموجبة للدية والكفارة	1373	التسليم على الصبيان
1419	كفارة القتل	1374	التسليم على النساء
1420	الكفارة في القتل العمد	1375	التسليم على الكفار
1422	الديات فيما دون النفس	1377	كيفية السلام

1457	النساء	1422	القسم الأول : الشجاج
1457	صلاة الخوف	1424	ديات الشجاج
1464	شروط صلاة الخوف	1425	أرش الموضحة
1466	حمل السلاح أثناء الصلاة	1425	أرش الهاشمة
1468	قصر الصلاة	1426	أرش المنقلة
1470	حكم القصر	1426	أرش المأمومة
1472	خلاصة	1427	أرش الدامغة
1473	شروط السفر	1427	أرش الجائفة
1473	مسافة القصر	1429	القسم الثاني : الأطراف
1475	النية في السفر	1431	دية اللسان
1477	الخروج من العمران	1433	دية الذكر
1478	صلاة الملاح في السفينة	1434	دية الصلب
1480	ما يصير به المسافر مقيماً	1434	دية العقل
1485	صفة السفر المميز للقصر	1437	الدية في شعر الرأس واللحية
1487	جمع الصلاة	1438	دية العينين
1490	جمع الجمعة مع العصر	1439	دية الأذنين
1490	شروط الجمع	1441	دية الشفتين
1494	الأعذار المبيحة للجمع	1442	دية اللحيين
1494	الجمع في المطر	1443	دية اليدين
1495	الجمع للوحد	1444	دية الرجلين
1496	الجمع للريح الشديدة والظلمة	1445	دية الثديين
1496	الجمع للعرض	1446	دية الإليتين
1497	الجمع للخوف	1447	دية الأنتيين
1497	الجمع لغير عذر	1448	دية الحاجبين
1498	هل يباح الجمع في البيت ؟	1448	دية الإسكتين
1500	الآية 115 من سورة النساء	1449	إشغار العينين
1500	إجماع الأمة وأحكامه	1451	دية الأصابع
1502	حجية الإجماع	1452	دية الأسنان
1504	إمكان تصور الإجماع		الآيتان 101 ، 102 من سورة

1549	تعليم القرآن	1504	أركان الإجماع
1553	بيان ما يستأجر له	1507	إجماع أهل المدينة
1555	المستأجر مستأمن	1509	الإجماع السكوتي
1557	حكم الإجارة	1511	حكم الإجماع
1558	ما ينتهي به عقد الإجارة	1513	هل يشترط للإجماع سند
1561	الأجير الخاص والأجير المشترك	1514	مستوى حجة الإجماع
1564	العارية	1515	تعارض الإجماع مع النص
1564	شرعية العارية	1516	الآية 128 من سورة النساء
1566	أركان العارية	1516	الصلح
1570	أوجه العارية	1517	أنواع الصلح
1573	حكم العارية	1523	ركن الصلح
1577	صفة المستعار	1523	شروط الصلح
1579	فسخ العارية	1523	شروط المضالم
1580	الوديعة	1524	شروط المضالم عليه
1580	شرعية الوديعة	1526	شروط المضالم عنه
1582	أركان الوديعة	1527	حكم الصلح
1585	حكم الوديعة	1528	ما يبطل به الصلح
1585	ما يكون به ضمان الوديعة	1530	ما هي الإقالة ؟
1597	فسخ الوديعة	1530	حكم الإقالة
1599	الهبة	1533	مسائل في الصلح
1599	شرعية الهبة	1537	الآية 1 من سورة المائدة
1601	أركان الهبة	1537	العقود
1609	تخل الأولاد والعدل بينهم	1537	عقد الإجارة
1612	الرجوع في الهبة	1538	شرعية الإجارة
1614	ما يشترط لصحة الرجوع	1539	صيغة عقد الإجارة
1616	ألفاظ الرجوع	1539	أركان الإجارة
1617	المعوض في الهبة	1546	تقدير المنفعة
1618	المعوض في الهدية	1547	تقدير مدة الإجارة
1619	موانع الرجوع في الهدية	1548	ضروب المنفعة

1693	شروط وجوب الضمان في الغصب	1623	صدقة
1697	الشركات	1625	وقف
1697	مشروعية الشركات	1625	الوقف
1699	شركة الأبدان	1627	الوقف
1701	شركة العنان	1636	صححة الوقف
1702	شروط صححة شركة العنان	1641	الوقف اللفظية
1706	شركة الوجوه	1643	الوقف
1707	شركة المفاوضة	1646	الوقف
1709	شروط صححة المفاوضة	1648	الناظر
1711	شركة المساهمة	1651	زراعة
1713	شركة المضاربة	1651	المزراعة
1713	مشروعية المضاربة	1657	بيع
1714	أركان المضاربة	1659	المزراعة
	مسائل متفرقة : على من تكون	1659	صححة الزراعة
1722	الوضيعة ؟	1663	المزراعة
1722	المضاربة حال المرض	1665	المزراعة الصحيحة
1723	تأقيت المضاربة	1666	المزراعة الفاسدة
1723	المضاربة بالدين	1667	سخ به عقد الزراعة
1725	ما يطل عقد المضاربة	1668	ساقاة
1730	الجمالة	1668	المساقاة
1731	أركان الجمالة	1670	المساقاة
1735	حكم الجمالة	1677	لغصب
1736	الفرق بين الجمالة والإجارة	1679	الأرض وزرعها
1737	الشق	1681	الأرض وغرسها والبناء فيها
1737	شرعية السبق	1684	الثوب
1742	شروط السبق	1684	ف في المخصوب بما يريده
1747	المناضلة وشروطها	1686	يب إذا أمكن إجارته
1749	الشفعة	1687	متفرقة
1749	شرعية الشفعة	1690	الحال من غير غصب

1813	إقرار المريض	1751	أركان الشفعة
1821	الإقرار بالمجهول	1754	سبب الشفعة
1826	الإقرار بالنسب	1757	كيفية استحقاق الشفعة
1831	ما يبطل به الإقرار	1759	ما يشترط لثبوت الشفعة
1833	اللقيط	1760	الشفعة في الطريق
1833	أركان اللقيط	1765	طلب الشفعة
1835	أحوال اللقيط	1766	ملكية الشفع للشفع
1838	دعوى النسب من اثنين	1767	مستقطات الشفعة
1840	نفقة اللقيط	1771	الضمان (الكفالة)
1842	ولاء اللقيط	1771	شرعية الضمان (الكفالة)
1843	ما يحل أكله وما لا يحل	1772	أركان الكفالة (الضمان)
1858	الآية 3 من سورة المائدة	1775	ضمان الدرك
1863	الذكاة وكيفيةها	1777	أقسام ركن الضمان
1863	أركان الذكاة	1780	حكم الضمان
1875	ضوابط الذبح	1782	ما يخرج به الضامن عن الضمان
1879	ذبح الجنب والحائض والأكلف والمرأة	1784	الحوالة
1880	قطع عنق الذبيخة	1784	أركان الحوالة
1881	الذبح والنحر	1787	شروط الحوالة
1883	التسمية	1789	حكم الحوالة
1887	ركن التسمية	1792	ما يخرج به المحال عليه من الحوالة
1888	شرائط التسمية	1794	الوكالة
1889	ما يستحب من الذكاة وما يكره منها	1794	شرعية الوكالة
1892	الآية 4 من سورة المائدة	1795	أركان الوكالة
1892	سبب نزول الآية	1803	حكم الوكالة
1892	الجوارح المعلمة	1807	الوكالة عقد أمانة
1895	وجود كلب مع المعلم	1808	ما يخرج به الوكيل عن الوكالة
1895	الصيد الغائب عن العين	1811	الإقرار
1898	الصيد بالكلب الأسود البهيم	1811	شرعية الإقرار
1901	فهرس الجزء الثالث	1812	أركان الإقرار



To: www.al-mostafa.com